

Merc.

156d

Merc.

156 d

Niloh.

**Die Haftung für die Schulden der offenen
Handelsgesellschaft nach dem allgemeinen
deutschen Handelsgesetzbuch.**

Inaugural - Dissertation,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

am

13. Dezember 1892, vormittags 12 Uhr

im

Musiksaale der Universität

öffentlich verteidigen wird:

Friedrich Milch,

Referendar am königlichen Amtsgericht Mittelwalde.

Opponenten:

Die Herren: **Ludwig Hamburger**, Referendar am kgl. Amtsgericht Breslau und
Hermann Seydel, Cand. jur. in Breslau.

Breslau.

Druck von Grass, Barth & Comp. (W. Friedrich).

210

Die Haftung für die Schulden der offenen
Handelsgesellschaft nach dem allgemeinen
deutschen Handelsgesetzbuch.

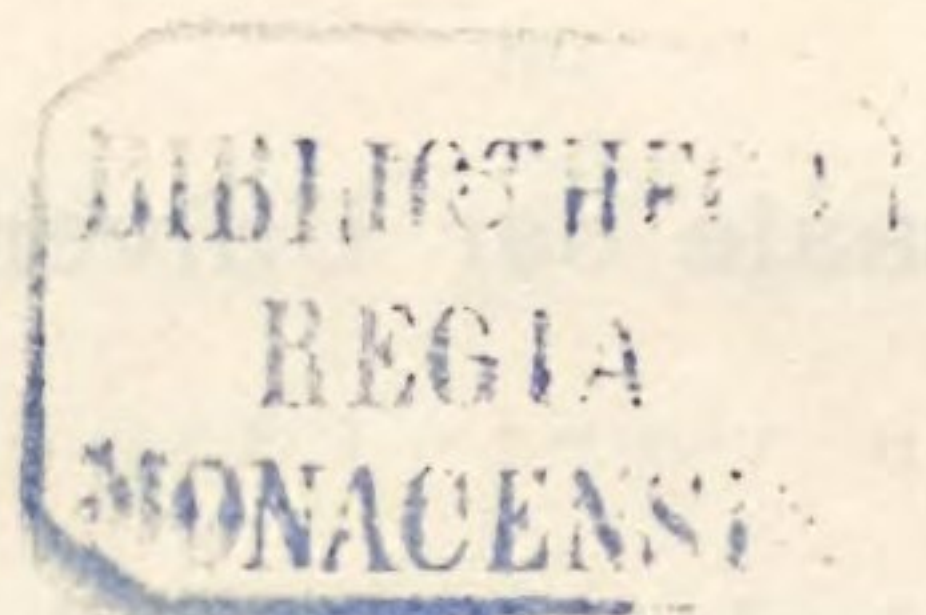
Inaugural-Dissertation

von
Herrn Dr. jur. h. c. h. Dr. phil. h. c. h.

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

Erzregung der juristischen Doktorwürde

am 12. September 1893



§ 1.

Einleitung.

Ein alter Streit herrscht rücksichtlich der Frage nach der Haftung für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft, den Richter wie die Wissenschaft gleichmäßig verwirrend, die Gesellschafter und deren Gläubiger in ihren Interessen im höchsten Maße gefährdend.

Man braucht sich nur in der Rechtsprechung wie in der Litteratur umzusehen, um zu finden, daß auf dem ganzen großen Gebiete Einigkeit nur in zwei Punkten herrscht, nämlich darin, daß das Gesellschaftsvermögen der Befriedigung der Gläubiger dient, und daß die Gesellschafter mit ihrem Sondervermögen haften. Alle andern Fragen sind kontrovers, so insbesondere, ob zunächst der Gesellschaftsfonds angegriffen werden muß oder die Socien primär haften, ob die Gesellschafter Korreal- oder Solidarschuldner sind, ob sie neben der Gesellschaft als Korrealschuldner stehen, ob sie Bürgen für die Gesellschaftsschuld sind, in wieweit ein Kompensationsrecht geltend gemacht werden kann, welchen Einfluß der Gesellschaftskonkurs übt u. s. w. Die Zahl der Kontroversen vermehrt sich noch sehr erheblich, wenn man die prozessuale Seite der Frage in Betracht zieht.¹⁾ Da aber diese, freilich mit bedeutenden Ausnahmen, auf Grund des Prozessrechts zu entscheiden sind, so fallen sie außerhalb des Rahmens dieser Arbeit und werden daher einer Erörterung nicht unterzogen werden.

Soweit aber die Frage nach der Haftung für die Gesellschaftsschulden dem Privatrecht angehört, ist eine Entschei-

¹⁾ Vgl. hierüber insbes. Wach: Handbuch des Zivilprozessrechts 1885.

dung nur möglich, nachdem Klarheit über die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft gewonnen ist; solange über diese Streit herrscht, wird die verschiedenartige Behandlung der einzelnen Fragen unvermeidlich sein. Leider hat aber das Handelsgesetzbuch nicht ausdrücklich die Frage über die juristische Natur zur Entscheidung gebracht und so Zweifel über dieselbe aufkommen lassen. Wenn jedoch Lastig ²⁾ gerade mit Bezug auf die offene Handelsgesellschaft dem Gesetzgeber die Berechtigung, juristische Konstruktionen aufzustellen, abspricht und, falls er es thut, sie für unverbindlich erklärt, so ist der Satz in dieser Allgemeinheit unrichtig. Beizustimmen ist Lastig allerdings insoweit, als es sich um ein bloßes theoretisches Einordnen in das Rechtssystem handelt. Rein wissenschaftliche Fragen kann der Gesetzgeber auch nicht durch formell bindenden Befehl entscheiden, es wird sich auch niemand in seiner Meinung dadurch bestimmen lassen. Recht häufig aber wird ein formell sich als Konstruktion darstellender Satz einen Rechtsbefehl in fiktiver Form enthalten, regelmäßig des Inhalts, daß die für das betreffende Rechtsinstitut geltenden Regeln, abgesehen von positiven Ausnahmen, auf das so konstruierte Rechtsverhältnis anzuwenden sind. Ein solcher Rechtssatz kann dann ebensowenig wie jeder andere durch die Wissenschaft oder die Praxis beseitigt werden, wofern nicht die derogierende Kraft des Gewohnheitsrechts anerkannt ist.

Die Annahme des bereits in der ersten Lesung verworfenen Art. 87 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten: „Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen“ u. s. w. hätten demnach die Handelsgesellschaften insgesamt zu juristischen Personen gestempelt und damit die Anwendung aller für diese geltenden Rechtsätze, soweit nicht Abweichendes bestimmt war, angeordnet. Mit Recht hat man es aber aufgegeben, auf alle Handels-

²⁾ Lastig in Endemanns Handbuch des deutsch. Handels-, Wechsel- u. Seerechts 1881 Bd. I S. 314.

gesellschaften das gleiche Prinzip anzuwenden ³⁾ und hat sich mit Definitionen für die einzelnen Arten begnügt. Da in diesen angeblich kein Anhalt für die juristische Konstruktion zu finden sei, hat man die einzelnen Bestimmungen über die Handelsgesellschaften herangezogen, sie als die notwendigen und allein möglichen Konsequenzen bald dieses, bald jenes Prinzips bezeichnet und von ihnen auf die juristische Natur zurückgeschlossen. So richtig auch an sich ein derartiges Vorgehen ist, so hat man doch eines ganz übersehen, den eigenartigen Aufbau des Handelsgesetzbuches. Dieses entwickelt nämlich nicht einzelne juristische Begriffe in strenger Isolierung auf sich selbst, sondern behandelt fast ausschließlich komplizierte Rechtsinstitute. Die naturgemäße Folge des Fehlens der Definitionen aller Grundbegriffe ist dann, daß ihre Entfaltung bei den einzelnen Rechtsinstituten nachgeholt werden muß. Dadurch wird ein allerdings nicht zu unterschätzender Vorteil erreicht, nämlich die leichte Handhabung des Gesetzbuches durch Laien, da das Rechnen mit Begriffen sich sehr vereinfacht. Andererseits ist aber gerade dies die Ursache der grenzenlosen Verwirrung in Theorie und Praxis geworden. Denn wie man es von den Römern her gewöhnt war, suchte man jeden Satz aus dem Wesen des Rechtsinstitutes, in dessen Rahmen er sich befand, herzuleiten; mit diesem hatte er aber infolge der ungewöhnlichen Verarbeitung des Rechtsstoffes im Handelsgesetzbuch unmittelbar nichts zu thun, sondern war die Konsequenz eines ganz andern Rechtsinstituts, das äußerlich nicht abgesondert in das erste hineingeschoben war; einzelne Beispiele werden unten näher zu erörtern sein.

Hieraus erklärt sich auch der Streit über die Fragen, die bei der Haftung für die Gesellschaftsschulden entstehen. Denn infolge jener ungewöhnlichen Stoffverteilung ist die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft verdunkelt und bestritten. Je nachdem man aber diese konstruiert, muß

³⁾ Vgl. Goldschmidt in der Heidelberger kritischen Zeitschrift IV. S. 164.

man zu verschiedenen Konsequenzen rücksichtlich der Schuldenhaftung kommen. Um daher die nötige Grundlage für unsere Abandlung zu gewinnen, muß in Kürze der Begriff der offenen Handelsgesellschaft und ihre juristische Natur erörtert werden.

Kapitel I.

Begriff und juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft.

§ 2.

Begriff der offenen Handelsgesellschaft nach dem Handelsgesetzbuch.

Nach dem Handelsgesetzbuch¹⁾ ist „eine offene Handelsgesellschaft vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.“

Diese Begriffsbestimmung scheint auf den ersten Blick nur zwei Momente zu enthalten, ein positives und ein negatives.²⁾ Bei näherer Betrachtung aber zerfällt das erstere in fünf anderweite, während das negative überhaupt kein begriffbestimmendes Merkmal ist.

I. „Zwei oder mehrere Personen sollen unter einer gemeinschaftlichen Firma ein Handelsgewerbe betreiben.“ Darin liegt,

1. daß die Grundlage einer offenen Handelsgesellschaft ein „Handelsgewerbe“ sein muß. Der Betrieb kann sich also nur erstrecken auf eine oder mehrere der in Art. 271 und 272 Hgb.³⁾ aufgeführten Klassen von Geschäften. Niemals sind daher offene Handelsgesellschaften vorhanden,

¹⁾ Hgb. Art. 85, S. 1.

²⁾ So z. B. Anschütz u. v. Nölderndorff in ihrem Commentar zum Hgb. Erlangen 1870. Bd. II. S. 72 f.

³⁾ Vgl. hierzu besonders Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Bd. I. §§ 40—59 und Behrend: Handelsrecht, Bd. I. §§ 22—31.

wenn der Betrieb sich auf Geschäfte über Immobilien beschränkt, oder wenn eine Produktivgesellschaft ihre selbstgewonnenen Erzeugnisse veräußert z. B. eine Vereinigung zur Ziegelfabrikation.⁴⁾ Zweifeln kann man dagegen in dem Falle, daß mehrere von einander unabhängige Produzenten in kaufmännischer Weise gemeinschaftlich ihre Erzeugnisse verkaufen. Es erwirbt hier jeder Miteigentum an den Produkten der übrigen, während er es diesen an den seinen überträgt; es liegt also eine „anderweite Anschaffung“ im Sinne des Art. 271 Z. 1 Hgb. vor, sofern man darunter eine entgeltliche Anschaffung versteht.⁵⁾ Da ferner die Absicht der Weiterveräußerung vorhanden ist, so charakterisiert sich das Geschäft als Spekulationsanschaffung; die Vereinigung der Produzenten ist mithin, vorausgesetzt, daß die übrigen Erfordernisse vorliegen, als offene Handelsgesellschaft zu betrachten.

Dagegen können Minderkaufleute, d. h. Personen, die eines der im Art. 10 bezeichneten Gewerbe betreiben, kraft positiver gesetzlicher Bestimmung ⁶⁾ in der Regel keine offene Handelsgesellschaft bilden;⁷⁾ doch ist landesrechtliche Abänderung dieser Vorschrift statthaft.⁸⁾

2. Außer dem oben erörterten Begriff enthält das Wort „Handelsgewerbe“ noch einen zweiten, nämlich den des Gewerbes. Da ferner für alle Socien ein Gewerbe vorliegen soll, so müssen sie insgesamt in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter gewerbsmäßig, d. h. als ständige Einkommensquelle ⁹⁾ Handelsgeschäfte betreiben. Jeder einzelne muß die Gewinnabsicht haben, fehlt diese auch nur bei einem — hat z. B. der eine Socius im Gesellschaftsvertrage auf jeden Anteil am Gewinn verzichtet, so ist der Vertrag als Gesell-

⁴⁾ So auch R. O. H. G. U. v. 1. 3. 73. IX S. 192; U. v. 29. 10. und 13. 11. 73. XI. S. 263 u. 342. U. v. 28. 3. u. 10. 6. 74. XIII. S. 143 u. 385. U. v. 9. 12. 73. XII. S. 53.

⁵⁾ Vgl. Behrend S. 107 u. Goldschmidt I. S. 544 f.

⁶⁾ Hgb. Art. 10 Abs. 2.

⁷⁾ R. O. H. G. U. v. 13. 5. 71. II S. 424.

⁸⁾ Hgb. Art. 10 Abs. 3.

⁹⁾ Behrend S. 93. Goldschmidt S. 454 f.

schaftsvertrag nichtig. Es entsteht dann niemals eine offene Handelsgesellschaft; doch wird möglichenfalls der Vertrag im Wege der Konversion aufrecht erhalten, sofern er nämlich die Voraussetzungen eines andern Vertrages erfüllt. Die Nichtigkeit kann aber Dritten, die mit einer Gesellschaft zu kontrahieren glauben, nicht entgegen gehalten werden.¹⁰⁾

Kaum der Erwähnung bedürftig ist, daß die Verwendung des erzielten Gewinnes im eigenen Interesse durchaus nicht notwendig ist, daß sogar die Herausgabe an einen Dritten durch besondern Vertrag ausbedungen sein kann; denn die Gewinnabsicht geht dadurch nicht verloren.

3. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt ferner, daß die Socien das Gewerbe „betreiben“ sollen. Ein Handelsgewerbe betreibt aber der allein, auf dessen Namen die Geschäfte geschlossen werden, der mithin aus diesen direkt verpflichtet und berechtigt wird.¹¹⁾ Die Gesellschafter sind also Gläubiger in den Gesellschaftsforderungen und Schuldner in den Gesellschaftsschulden.

Nicht dagegen wird verlangt, daß jeder Socius an der Geschäftsführung teil nimmt, wie umgekehrt die bloße Geschäftsleitung ohne Gewinnabsicht niemanden zum Gesellschafter macht. Weder wird durch die Bestellung eines Prokuristen das Geschäft eines Einzelkaufmanns zu einer offenen Handelsgesellschaft, noch wird auch diese Wirkung dadurch erzielt, daß der Name eines bloßen Geschäftsführers in die Firma aufgenommen wird, obgleich natürlich ein solches Vorgehen nicht wirkungslos ist.

Faßt man die bisher erörterten begrifflichen Merkmale zusammen, so ergibt sich für jeden einzelnen Socius, daß er gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt; er ist mithin nach Art. 4 Hgb. Kaufmann¹²⁾ und unterliegt allen für diese

¹⁰⁾ Vgl. das Nähere bei § 4 sub III.

¹¹⁾ Vgl. Goldschmidt I. S. 452 f.

¹²⁾ So auch Goldschmidt I. S. 469. Behrend S. 105 u. 462. Thöl. Handelsrecht S. 132. Lastig bei Endemann I. S. 348 sowie R. O. H. G. U. v. 24. 10. 71. III. S. 434. U. v. 28. 9. 74. u. 12. 9. 74. XIV. S. 210 u. 284. U. v. 22. 4. 75. XVI. S. 380. U. v. 15. 9. 75. XVIII. S. 229.

geltenden Grundsätzen. So unbestreitbar auch diese Folgerung scheint, so ist sie durchaus nicht allgemein anerkannt. Daß die Vertreter der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft sie nicht zugeben, ist nur die Konsequenz ihrer Auffassung. Aber auch Hahn, der den Societätscharakter annimmt, stimmt dieser Ansicht, wenn auch neuerdings in gemilderter Form, nicht bei, früher versagte er sogar die Kaufmannsqualität den Gesellschaftern ganz.¹³⁾

Bisher sind nur diejenigen Momente ins Auge gefaßt worden, die in der Person jedes einzelnen Socius vorliegen müssen. Es hat sich dabei kein Merkmal gefunden, das die offene Handelsgesellschaft von dem Einzelkaufmann unterscheidet. Da aber andere Merkmale hinsichtlich des einzelnen Socius nicht vorhanden sind — über den gesamten zweiten Teil der Definition siehe unten, — so folgt daraus, daß der unterscheidende Punkt nur in der Vereinigung liegen kann. Bezüglich der übrigen Handelsgesellschaften dagegen kommt man zu einem ganz andern Resultat; denn weder der Kommanditist noch der Aktionär vereinigen in sich, wie insbesondere Goldschmidt¹⁴⁾ hervorgehoben hat, die drei oben erörterten Eigenschaften und sind daher keine Kaufleute.

4. Was aber nun die Art der Vereinigung mehrerer Personen zu einer offenen Handelsgesellschaft angeht, so ergibt sich hieraus als ein viertes Merkmal derselben folgendes: Die Vereinigung muß eine derartige sein, daß dadurch keine der oben besprochenen Eigenschaften aufgehoben wird. Jeder muß also in der Vereinigung seine Kaufmannsqualität wahren. Denkbar ist dies nur in der Weise, daß sie alle Prinzipale eines Geschäftes werden, daß sie gemeinschaftlich ein Gewerbe betreiben oder, mit einem andern Ausdruck, ihr Gewerbe vereinigen. Da ferner die Vereinigung zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zwecks, nämlich in Gewinnabsicht, geschehen muß, so sind

¹³⁾ v. Hahn: Kommentar 2. Hgb. 1. Aufl. I. S. 10 f. u. II. S. 58 ff. 2. Aufl. I. S. 19 ff. u. II. S. 73 f. Dann Goldschmidt I. S. 469.

¹⁴⁾ Goldschmidt I S. 469 f.

damit sämtliche Bedingungen erfüllt, die das gemeine Recht¹⁵⁾ für das Entstehen einer Societät erfordert. Daraus folgt, daß die Gesellschafter Socien im gemeinrechtlichen Sinne dieses Wortes sein müssen; die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft erfordert also nach dem Wortlaut des Art. 85 den Abschluß eines technisch so genannten Gesellschaftsvertrages.

5. Endlich wird noch eine gemeinschaftliche Firma verlangt.

Wie die Firma einer offenen Handelsgesellschaft in der Regel beschaffen sein muß, ergibt sich aus Art. 17, Abs. 1 Hgb.; danach muß sie den Namen mindestens eines Gesellschafters und einen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten. Trotzdem braucht nicht jede Handelsgesellschaft eine Gesellschaftsfirma zu haben. Sie kann unter Umständen auch die Firma eines Einzelkaufmanns führen, dann nämlich, wenn jemand in das bestehende Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt,¹⁶⁾ oder wenn mehrere ein solches Geschäft erwerben;¹⁷⁾ umgekehrt kann auch hinter einer Gesellschaftsfirma eine einzelne Person stehen.¹⁸⁾ Eine gemeinschaftliche Firma braucht also nicht einmal immer einen auf die Gemeinschaft hindeutenden Zusatz zu enthalten. Es genügt vielmehr, daß mehrere Personen eine Firma zu führen berechtigt sind, mit der Wirkung, alle in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Personen zu verpflichten. Sie ist eben lediglich ein Kollektivname für sämtliche Socien.

Die Aufnahme des Erfordernisses einer gemeinschaftlichen Firma in die Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft hat zur Folge, daß das Fehlen dieses Momentes das Vorhandensein einer offenen Handelsgesellschaft ausschließt, sollte selbst allen andern Voraussetzungen genügt sein.

¹⁵⁾ Windscheid II. § 405 (6. Aufl.) so auch z. p. A. L. R. I. 17 § 169.

¹⁶⁾ Art. 24 Hgb.

¹⁷⁾ Art. 22 Hgb.

¹⁸⁾ Art. 22. 24. Hgb.

Es liegt in diesem Falle nur eine Societät vor, die nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist.¹⁹⁾ Ihre Geschäfte sind aber natürlich Handelsgeschäfte und die Socien Kaufleute, in soweit ist daher auch Handelsrecht anzuwenden. Dagegen gelten nicht die Bestimmungen des zweiten Titels des dritten Buches des Hgb., da diese nur für vorübergehende Vereinigungen, nicht aber für Verbindungen zu einem dauernden Geschäftsbetrieb gegeben sind.²⁰⁾

II. Der zweite Teil der oben citierten Begriffsbestimmung stellt das Erfordernis auf, daß bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt sein darf. Zunächst ist hier auf die äußerst mangelhafte Ausdrucksweise aufmerksam zu machen. Denn nicht allein ist in den folgenden Artikeln wiederholentlich von den „Einlagen“ der Gesellschafter gesprochen,²¹⁾ sondern geradezu die Beteiligung einzelner oder aller Gesellschafter mit bloßen Einlagen vorausgesetzt, so insbesondere in Art. 92 und 108. Auf den ersten Blick scheint also eine Antinomie vorzuliegen. Dieselbe ist jedoch nicht schwer zu beseitigen. Man hat nämlich, wie auch das Hgb. thut, die inneren und äußeren Beziehungen der offenen Handelsgesellschaft zu unterscheiden. Die ersteren sind die Beziehungen der Socien zu einander, wie sie sich aus dem Gesellschaftsverhältnis unmittelbar ergeben; die letzteren dagegen sind die regelmäßig aus den Geschäften der Gesellschaft entstehenden Rechtsverhältnisse. Überall nun, wo von einer Einlage der Socien gesprochen wird, ist allein das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander gemeint, wie die Rubrik des Abschnitts 2 ausdrücklich angiebt. Untereinander können also die Socien verabreden, daß der Betriebsfonds eine bestimmte Höhe haben solle und jeder dazu eine genau fixierte Summe, seine Einlage, beizusteuern habe; dies hat dann vornehmlich die

¹⁹⁾ R. O. H. G. U. v. 13. 5. 71. II. S. 424. U. v. 13. 4. 72. V. S. 388. U. v. 16. 12. 72. VIII. S. 248. U. v. 11. 1. 75. XV. S. 428.

²⁰⁾ R. O. H. G. U. v. 13. 4. 72. V. S. 390. R. G. U. v. 18. 4. 83. IX. S. 108.

²¹⁾ Vgl. Art. 92. 95. 106. 108 Hgb.

Wirkung, daß kein Socius von den andern gezwungen werden kann, während des Bestehens der Gesellschaft die Einlage zu erhöhen.²²⁾ Der Art. 85 dagegen bezieht sich in seinem Ende lediglich auf die äußeren Verhältnisse, d. h. auf die Verhältnisse der Gesellschafter zu den Gesellschaftsgläubigern. Positiv gewendet hat dann der Satz, daß die Beteiligung sich nicht auf Vermögenseinlagen beschränken darf, zu bedeuten: die Haftung der Socien gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist unbeschränkt und erfaßt ihr ganzes Vermögen.

Dies der unbestrittene Sinn der überaus unklaren Gesetzesworte. Freilich ist diese dunkle Fassung nicht der schwerste Vorwurf gegen die Definition. Denn man braucht nur ihre beiden Teile der Definition in das richtige Verhältnis zu einander zu bringen, um einen schlimmeren Fehler, die Ungleichwertigkeit der beiden Glieder zu erkennen. Nach dem ersten Teile der Definition betreiben die Socien das Handelsgewerbe, d. h. die Geschäfte der Gesellschaft werden auf ihren Namen abgeschlossen. Die Schulden der Gesellschaft sind mithin ihre eigenen Schulden und für diese haftet nach allgemeinen Grundsätzen jeder mit seinem ganzen Vermögen. Nichts anderes sagt aber der zweite Teil unserer Definition, der also nur eine überdies recht selbstverständliche Folge des ersten Teils ist; eine Folgerung gehört jedoch auch in eine gesetzliche Begriffsbestimmung nicht. Die unbestimmte negative Fassung zu wählen, mag aber noch folgender Grund entscheidend gewesen sein. Andernfalls nämlich wäre bei Abschluß des Vertrages die besondere Abrede nötig gewesen, mit dem gesamten Vermögen haften zu wollen. Ihr Mangel hätte ebenso das Entstehen einer offenen Handelsgesellschaft gehindert, wie z. B. der Mangel einer Firma, und trotzdem hätten die Kontrahenten unbeschränkt haftet. Eine solche Vereinigung wäre, nämlich wie wir oben gesehen haben, eine nach bürgerlichem Recht zu beurteilende Societät gewesen, und infolge dessen träte nunmehr doch die Haftung mit dem gesamten Vermögen ein.

²²⁾ Art. 92 Hgb.

Dieser Konsequenz ist man durch die negative Fassung entgangen, ohne dabei den logischen Fehler zu beachten, der in der Aufnahme eines negativen Momentes in eine Definition liegt. Gerade dadurch aber erkennt das Hgb. selbst an, daß die unbeschränkte Haftung der Socien nur eine Folge und nicht die Voraussetzung einer offenen Handelsgesellschaft ist. Im Resultate führt also das Hgb. selbst dahin, daß eine offene Handelsgesellschaft dann vorhanden ist, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben. Dies erkennen auch Anschütz und von Völderndorff an²³⁾ und ziehen unter Berufung auf ein Erkenntnis des preußischen Obertribunals²⁴⁾ die richtige Konsequenz, daß der Nachweis des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft geführt sei, falls die positiven Requisite des Art. 85 nachgewiesen sind. Trotzdem aber erklären sie die Definition des Hgb. nicht für ausreichend und verlangen die Aufnahme der solidarischen Verpflichtung in dieselbe.²⁵⁾ In ähnlicher Weise äußert sich auch Goldschmidt in seiner Kritik des preußischen Entwurfs,²⁶⁾ der nur den ersten Teil der heutigen Definition enthielt. Diese erklärt er für mangelhaft, weil keines der wesentlichen Merkmale darin enthalten sei, vielmehr die ganze Definition ebensogut auch auf die Kommandit- und Aktiengesellschaft passe. Daß dem nicht so ist, hat Goldschmidt inzwischen in seinem Handbuch wenigstens indirekt eingeräumt, indem er die Kaufmannsqualität, die durch jene Fassung dem offenen Gesellschafter zugestanden wird, weder dem Kommanditisten noch dem Aktionär gewährt.²⁷⁾ Trotzdem hält er auch heute noch an der von ihm in jener Kritik aufgestellten Definition²⁸⁾ fest, wonach

²³⁾ Commentar II. S. 75. Ebenso auch v. Hahn: Commentar I. S. 308.

²⁴⁾ U. v. 31. 5. 66. Bd. 64. S. 132. Ebenso auch R. O. H. G. XV. S. 21. U. v. 12. 5. 74.

²⁵⁾ cod. S. 76.

²⁶⁾ Heidelberger kritische Zeitschrift IV. S. 290.

²⁷⁾ Goldschmidt, Handbuch I. S. 469 f.

²⁸⁾ Goldschmidt i. d. Heidel. krit. Zeit. IV. S. 291.

er die Solidarhaft der Socien als begriffsbestimmendes Merkmal bezeichnet. Gleichwohl versteht sich auch nach ihm diese Haftung von selbst, falls den oben erörterten positiven Merkmalen des Art. 85 genügt ist.²⁹⁾ So muß auch er zugeben, daß diese Haftung nur eine Folge der Begründung einer offenen Handelsgesellschaft ist; es kann daher dieses Moment nicht ihre Wesenheit ausmachen. Das Hgb. enthält somit in seiner erweiterten Fassung kein Merkmal mehr als das französische Vorbild:³⁰⁾

„La société en nom collectif est celle, que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce pour une raison sociale.“

§ 3.

Die Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person.

Die Definition der offenen Handelsgesellschaft hatte alle diejenigen Momente ergeben, die den auf Begründung einer solchen Gesellschaft gerichteten Vertrag als einen Gesellschaftsvertrag charakterisieren: die Vereinigung des Gewerbes mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Endzwecks, nämlich zur Erzielung von Gewinn.

Die offene Handelsgesellschaft stellt sich demnach als eine Societät im Sinne des gemeinen Rechts dar. Damit ist aber nicht gesagt, daß alle Sätze, die von der Societät gelten, unmittelbar Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft finden müssen. Vielmehr ergeben sich ohne weiteres weitgehende Abweichungen, die ihren Grund darin haben, daß die Gesellschafter Kaufleute, die Gesellschaft eine Handelsgesellschaft ist. Trotzdem aber ist man nicht berechtigt, von einer gegen das römische Recht vielfach modifizierten Gesellschaft zu sprechen; denn das römische Recht stellt nur die mangels anderer Abrede eintretenden Folgen auf, läßt also beliebige Veränderungen zu, solange sie nur dem von ihm angenommenen Begriffe der Gesellschaft nicht

²⁹⁾ Ähnlich auch Behrend S. 462. Laband Z. XXX. S. 515 f.

³⁰⁾ Code de commerce Art. 20.

zuwider laufen. Das Handelsgesetzbuch nun thut nichts weiter, als daß es solche zulässigen Abweichungen gesetzlich fixiert.¹⁾ Es genügt daher hier nachzuweisen, daß keine Bestimmung des Handelsgesetzbuchs dem Wesen der Societät widerspricht, indem gleichzeitig versucht werden soll, die auf diese Besonderheiten sich stützenden anderen Konstruktionen zu widerlegen.

Eine weit verbreitete Ansicht, die bis auf den heutigen Tag noch Vertreter findet, konstruiert die offene Handelsgesellschaft als juristische Person.²⁾ Allerdings läßt es sich nicht leugnen, daß das Handelsgesetzbuch vielerlei bestimmt, was sie äußerlich als juristische Person erscheinen läßt, so namentlich die Sonderung des Gesellschaftsvermögens, der eigene Sitz und Gerichtsstand u. s. w. Alles dies ist freilich bei einer juristischen Person vorhanden; folgt daraus aber auch, daß mit Notwendigkeit da überall juristische Persönlichkeit angenommen werden muß, wo eine oder auch mehrere Konsequenzen derselben sich zeigen? Es hätte dann wenigstens des Nachweises bedurft, daß alle diese Erscheinungen sich lediglich bei einer juristischen Person zeigen, und dieser Beweis ist bisher noch nicht erbracht. Vielmehr ist man auch hier in den so häufigen

¹⁾ Selbst einen Wechsel der Socii erkennt das römische Recht, wenn auch nur in einem Ausnahmefalle, als zulässig an: die societates publicanorum änderten ihren Mitgliederbestand, ohne daß sie dadurch neue Gesellschaften bildeten.

²⁾ So insbesondere:

Gelpcke in seiner Zeitschrift für Handelsrecht. Heft 2. 1852.
Ladenburg in Z. I. S. 139 ff. 1858 und im Archiv für Wechselrecht X. S. 227 ff. 1861.

Salkowski, Zur Lehre von der jur. Person 1863.

Bluntschli-Dahn, Deutsches Privatrecht 1864.

Endemann, Handelsrecht 1868.

Dernburg, Lehre von der Kompensation 1868.

Anschütz und v. Völderndorff in dem Kommentar zum Hgb. 1870.

Sicherer, Die deutsche Genossenschaftsgesetzgebung 1872.

Strey, Das Handelsgesellschaftsrecht 1873.

Windscheid, Pandekten II. § 407 (6. Aufl.) 1886.

Eccius in Z. XXXII S. 1 ff. 1886.

Fehler verfallen, die Konsequenz eines Begriffes für sein bestimmendes Merkmal und damit für den Begriff selbst zu nehmen. Da dies in unserem Falle mit den verschiedensten Folgen geschah und jede von ihnen die Wesenheit der juristischen Person ausmachen sollte, so konnte man mit Recht sagen, daß der Streit über die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft zu einem Streite über die juristische Person selbst wurde.³⁾

Vor allem sollte die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ausgesprochen sein in dem Art. 111:

Die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Man schließt nun so⁴⁾: Die Firma einer Handelsgesellschaft ist ein Name, der von dem aller Socien verschieden ist; mithin kann dieser Name nicht die Socien bezeichnen, und werden diese aus den unter der Firma abgeschlossenen Geschäften weder berechtigt noch verpflichtet. Da man aber ein Subject aller dieser Rechtsgeschäfte haben muß, so liege hierin die Anerkennung der besonderen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft. Oder man sagt noch bündiger, es sei in dem Art. 111 unmittelbar bestimmt, daß die Gesellschaft als solche Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen könne und hierin gerade liege das Wesen der juristischen Persönlichkeit.

Wie⁵⁾ man aber auch aus diesem Artikel herleiten mag, im Grunde kommt es immer darauf hinaus, daß der besondere Name das Kennzeichen einer juristischen Person sei. Es ist nun zwar durchaus richtig, daß jede besondere physische und juristische Person ihren besondern Namen hat, aber

³⁾ Vgl. zu dem Folgenden insb. Laband in Z. XXX. S. 469 ff. u. XXXI. S. 1 ff. 1884/5.

⁴⁾ Gelbcke S. 21 ff. Ladenburg im Archiv für Wechselrecht S. 232. Bluntschli S. 91 u. 387 ff. Endemann § 33. 35. 38. Anschütz Bd. II S. 12 u. zu Art. 111.

⁵⁾ Laband, Z. XXX. S. 473 f.

ebenso falsch ist die Umkehrung, daß hinter jedem besondern Namen eine besondere Person stehen muß. Gerade das Handelsgesetzbuch ist geeignet, vor diesem an sich schon unlogischen Schlusse zu bewahren, indem es im Art. 15 ausdrücklich sagt, daß die Firma eines Kaufmanns nur sein kaufmännischer Name ist, daß also dieselbe Person zwei, ja unbeschränkt viele Namen führen kann, wenn sie verschiedene Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibt; daß wir es hier nicht mit ebensovielen juristischen Personen zu thun haben, bedarf wohl nicht erst des Beweises.

Daraus folgt, daß das Vorhandensein der Firma die offene Handelsgesellschaft nicht zur juristischen Person macht. Sie ist nicht der Name einer besondern Person, sondern nur eine zusammenfassende Bezeichnung für alle Socien, und damit ist dann ein doppelter Vorteil erreicht: die Bequemlichkeit, im Verkehre statt der vielen Namen nur einen gebrauchen zu können, sowie in den Regelfällen die Sicherheit, ob man es mit einer Gesellschaft oder einer Einzelperson zu thun hat.

Mehr wollte auch der Art. 111 nicht sagen. Er enthält überhaupt an sich gar keine besondere Bestimmung für die Handelsgesellschaft und wird viel richtiger in die Lehre von der Firma gestellt. Denn alles, was hier von der Firma einer Gesellschaft ausgesagt wird, gilt auch von der des Einzelkaufmanns,⁶⁾ und daran können einzelne landesrechtliche Bestimmungen, wie z. B. hinsichtlich der Eintragung der Firmen ins Grundbuch, nichts ändern.⁷⁾

2. Als⁸⁾ ein ferneres Zeichen für die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft wird die Möglichkeit des Wechsels ihrer Mitglieder angeführt.⁹⁾ Allerdings kann nicht bestritten werden, daß regelmäßig das römische

⁶⁾ Daß auch der Einzelkaufmann unter seiner Firma ohne Nennung seines Namens klagen kann, ist entschieden vom R. O. H. G. U. v. 7 11. 1871. III. S. 409.

⁷⁾ z. B. Einführungsges. für Preußen Art. 23.

⁸⁾ Laband, Z. XXX. S. 476 ff.

⁹⁾ Christ in Z. VI. S. 429 ff. Strey S. 41 f. Stobbe: Deutsches Privatrecht I. S. 383. Behrend § 62.

Recht bei der Societät einen Wechsel ausschließt und ihn nur bei Korporationen zuläßt. Einzig und allein läßt es in den gewöhnl. Fällen die Abrede, daß beim Ausscheiden eines Mitgliedes die andern verpflichtet sein sollen, eine neue Societät zu begründen; käme einer dieser Verpflichtung nicht nach, so würde er sich schadensersatzpflichtig machen, die Gesellschaft würde aber nicht bestehen. Immerhin kennt auch das röm. R. bereits eine Annahme: bei den societates publicanorum läßt es das Ausscheiden alter und Eintreten neuer Mitglieder unbeschränkt zu, ohne daß der Bestand der Gesellschaft dadurch berührt würde. Das Handelsgesetzbuch erhebt diese Ausnahme zum allgemeinen Prinzip.

Jedoch meinen auch hier einige, dass nur ein Zwang zum Eingehen einer neuen Gesellschaft bestünde. Wenn dem so wäre, so würden alle Schulden der aufgelösten Gesellschaft der kurzen Verjährungsfrist des Art. 146 unterliegen, eine Konsequenz, die bisher noch niemand zu ziehen gewagt hat. Positiv aber erhellt das Gegenteil daraus, daß gemäß Art. 87 und 129 Abs. 3 die alte Gesellschaft nicht gelöscht und die neue eingetragen, sondern nur das Eintreten resp. Ausscheiden der Mitglieder im Handelsregister vermerkt wird.

Trotzdem ist auch hierdurch nicht die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft anerkannt. Denn ¹⁰⁾ „man muß bei der Societät den weitreichenden Satz im Auge behalten, daß die gegenseitigen Rechte der Mitglieder zur Disposition der letzteren stehen, daß sie also auf dieselben auch zu gunsten der übrigen verzichten, sie mit neuen Mitgliedern teilen können und daß nichts im Wege steht, darüber bindende Vereinbarungen schon bei Begründung der Societät zu treffen.“ Die Richtigkeit dieser seiner Worte weist dann Laband des weiteren an einzelnen Beispielen nach. Hinzufügen könnte man noch, daß das Handelsgesetzbuch mit der Erlaubnis des Personenwechsels durchaus nichts Neues für das Gesellschaftswesen bestimmt, sondern hierin nur dem Vorgange des preußischen Rechts folgt.

¹⁰⁾ Laband, Z. XXX. S. 478.

Das Landrecht geht noch weiter als das Handelsgesetzbuch; es läßt nicht nur wie dieses beim Ausscheiden¹¹⁾ oder bei der Ausschließung¹²⁾ einzelner Mitglieder die Gesellschaft fortbestehen, sondern auch beim Tod eines Gesellschafters seine Erben ohne weiteres an seine Stelle treten,¹³⁾ während das Handelsgesetzbuch in diesem Falle die Gesellschaft endigen läßt, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll.“¹⁴⁾

Wollte man also aus diesem Grunde die offene Handelsgesellschaft als juristische Person ansehen, so bliebe nichts übrig, als es im Gebiete des Landrechts bei jeder Gesellschaft überhaupt zu thun, wozu sich gewiß kaum jemand verstehen wird.

3. Als¹⁵⁾ Hauptgrund für die Annahme der juristischen Persönlichkeit führen fast alle Vertreter dieser Ansicht an: die Sonderung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der einzelnen Socien.¹⁶⁾ Daß in der That das Gesellschaftsvermögen rechtlich in vielen Beziehungen gesondert ist, läßt sich nicht bestreiten; unrichtig ist es aber, daraus auf die besondere Persönlichkeit der Gesellschaft zu schließen. Es ist derselbe logische Fehler, der schon oben erwähnt ist: wenn auch jede Person ihr gesondertes Vermögen hat, wofern wir von dem hier nicht interessierenden Fall der Ehegatten in Gütergemeinschaft absehen, so ist deswegen noch nicht jedes gesonderte Vermögen im Eigentum einer besonderen Person. Ein solches Vermögen kann ebensowohl mehreren Personen gehören, die es aus ihrem sonstigen Besitztum ausgesondert haben, wie auch eine einzelne Person eine Reihe getrennter Vermögen haben

¹¹⁾ Hgb. Art. 127. A. L. R. §§ 269. 291—299. I. 17.

¹²⁾ Hgb. Art. 128. A. L. R. §§ 273—276 eod.

¹³⁾ A. L. R. §§ 278—288 eod.

¹⁴⁾ Hgb. Art. 123 Z. 2.

¹⁵⁾ Laband. Z. XXX. S. 475.

¹⁶⁾ Gelpcke S. 30 f. Sicherer S. 111. Bluntschli S. 387. Anschütz: II. S. 11. 232 ff. Ladenburg im Archiv X. S. 229. Salkowski S. 56.

kann. Für beides lassen sich Beispiele aus dem bürgerlichen Rechte finden: man denke nur an das eheliche Güterrecht und für den zweiten Fall an das römische Peculium oder an einen Erben, der cum beneficio inventarii angetreten hat. Die Sonderung des Vermögens allein genügt also nicht für den Nachweis der juristischen Persönlichkeit; es wäre vielmehr zu zeigen, daß durch die einschlägigen Artikel des Handelsgesetzbuchs, also Art. 119—122, das Eigentum der Socien an dem Gesellschaftsfonds aufgehoben ist. Daß aber jemand sein Eigentum verloren hat, läßt sich positiv nur daraus erkennen, daß ein anderer Eigentümer oder die Sache herrenlos geworden ist. Ein andres Merkmal giebt es nicht; insbesondere ist es unzutreffend, wenn man das Erlöschen des Eigentums darin sehen will, daß die betreffende Sache den Schuldnern nicht mehr haftet. Denn Eigentümer war auch der bloß quiritarische Eigentümer, und doch war die betreffende Sache dem Schuld nexus entzogen; Eigentümer bleibt auch derjenige, der an seinem Grundstück eine Emphyteuse oder Superficies bestellt, und doch können sich seine Gläubiger daran nicht erholen. Soweit geht aber der Art. 119 gar nicht; er nimmt vielmehr den Privatgläubigern eines Gesellschafters nur das Recht, die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte oder einen Anteil an denselben, in Anspruch zu nehmen und verweist sie auf das, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und Gewinnanteilen zu fordern berechtigt ist und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt.

Hieraus schließt man, daß die Eingehung einer Gesellschaft Rechtswirkungen Dritten gegenüber habe; ein bloßer Vertrag könne aber solche Wirkungen nicht erzeugen, mithin sei die offene Handelsgesellschaft keine Societät, die ein rein obligatorischer Vertrag ist.

Hier haben wir ein Beispiel für die schon in der Einleitung hervorgehobene Eigentümlichkeit des Handelsgesetzbuchs, daß es sich nicht begnügt, bei der Entwicklung eines Rechtsinstitutes die aus diesem sich herleitenden Konsequenzen zu ziehen, sondern genötigt ist, andere Rechtsin-

stitute einzuschieben, die dann zu Unrecht mit jenem zusammen ein einheitliches Ganzes zu bilden scheinen. Die Bestimmung des Art. 119 steht nämlich durchaus nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Lehre von der offenen Handelsgesellschaft, da diese sehr wohl bestehen kann, ohne daß sie rechtswirksam wird. Vielmehr resultiert sie aus einer besondern Abrede, die sich allerdings so häufig mit der Begründung einer offenen Handelsgesellschaft verknüpft, daß das Handelsgesetzbuch sie präsümiert. Diese Abrede¹⁷⁾ geht dahin, daß ein besonderer Gesellschaftsfonds gegründet werden solle. Hierin liegt, daß der Fonds zunächst zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienen solle. An sich würde dieser Vertrag auch nur obligatorische Wirkungen haben, zur größeren Sicherung der Gesellschafter aber wird dieses Recht eben durch Art. 119 dinglich gemacht. Das Rechtsverhältnis an dem Gesellschaftsvermögen gestaltet sich demnach so: alle sind Miteigentümer zu ideellen Anteilen an dem Gesellschaftsvermögen, also einem Sacheninbegriff und somit auch an den einzelnen Vermögensstücken; jeder räumt aber den übrigen an seiner Quote ein dingliches Recht ein, kraft dessen mit dem Fonds zuerst die Gesellschaftsschulden zu bezahlen sind.¹⁸⁾ Gleichzeitig entzieht hierdurch jeder Gesellschafter seinen Anteil an den einzelnen Vermögensstücken dem Zugriff seiner Personalgläubiger und läßt ihnen nur den Rückgriff auf seinen Geschäftsanteil nach Abzug der auf ihn fallenden Gesellschaftsschulden offen.

In dieser Weise kann jeder Schuldner zum Nachteil seiner Gläubiger sein Vermögen belasten, ebensogut wie er einen Nießbrauch bestellen oder Vermögensstücke verschenken kann. Natürlich darf er auch in unserm Falle nichts in fraudem creditorum thun; andernfalls wäre auch gegen einen Gesellschafter die actio Pauliana begründet.

Gegen die hier aufgestellte Konstruktion könnte vielleicht der Einwand erhoben werden, daß es ein dingliches Recht

¹⁷⁾ Strey a. a. O. S. 300.

¹⁸⁾ Anderer Ansicht Dahn, der eine entgegenstehende Ansicht ausdrücklich dieser Arbeit gegenüber aufrecht erhält.

an einer Sachgesamtheit nicht gebe. In der That verlangt auch die herrschende Ansicht regelmäßig eine körperliche Sache als Gegenstand eines dinglichen Rechts, aber eben nur regelmäßig, nicht ausnahmslos; und daraus ist man schon zu folgern berechtigt, daß die Dinglichkeit begriffsmäßig nicht eine körperliche Sache als Substrat erfordert. Schließlich sieht sich ja auch die herrschende Meinung gezwungen, die verpönten dinglichen Rechte an unkörperliche Sachen nur mit einem andern Mäntelchen bekleidet als absolute Rechte wieder einzuführen.

Wenn es auch nicht im Rahmen dieser Arbeit liegt, wird es sich doch mit Rücksicht auf die hier vertretene abweichende Ansicht nicht umgehen lassen, mit einigen Worten Stellung zu der Frage nach der Wesenheit der dingl. Rechte zu nehmen.

Sehen ¹⁹⁾ wir von der Ziebarthschen Theorie, welche das Wesen der Dinglichkeit in der Art der Exekution sieht, ab, so bleiben im wesentlichen zwei Auffassungen bestehen.

Nach der heut herrschenden Ansicht „liegt das Wesen der Dinglichkeit in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache.“ ²⁰⁾ Das Vorhandensein eines Verpflichteten ist ihr unwesentlich. Die ganz richtige Konsequenz dieser Auffassung ist dann, daß eine solche Macht über nur gedachte Dinge, also Sachgesamtheiten, unmöglich ist.

Der Haupteinwand gegen diese Annahme ist schon so oft ausgesprochen worden, daß es hier nur einer Wiederholung bedarf. Recht giebt es nur zwischen Mensch und Mensch, ein an eine Sache gerichteter Rechtsbefehl hätte gar keinen Sinn. Wenn also ein Rechtssatz ausspricht, „der Eigentümer darf seine Sache vernichten,“ so kann dies nicht bedeuten „du Sache mußt dir die Zerstörung gefallen lassen,“ sondern ist lediglich ein Befehl an alle übrigen Menschen, den Eigentümer bei seinem Thun nicht zu hindern.

¹⁹⁾ Vgl. hierzu Fuchs: das Wesen der Dinglichkeit. Berlin 1889.

²⁰⁾ Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs. III. S. 2.

Immerhin läßt es sich erklären, wie man zu der Annahme gekommen ist, daß die reale Herrschaft das Wesen der Dinglichkeit sei. Anders nämlich, als bei den Forderungsrechten, deckt sich bei den dinglichen wirtschaftlicher Wert und juristische Erscheinungsform nicht. Der erstere liegt in der Ausnützung des Rechts nach dem freien Belieben des Berechtigten, in der realen Herrschaft über die Sache. Da diese aber in den weitaus meisten Fällen ungestört geübt wird, erscheint sie schließlich als die Wesenheit der dinglichen Rechte. Auf diesem Wege allein konnte man auch zu der Annahme eines geteilten Eigentums kommen.

Dieser wirtschaftlich weitaus wichtigere Ausfluß der dingl. Rechte aber, diese Verfügungsgewalt, ist nicht ihre juristische Erscheinungsform und findet sich nicht einmal bei ihnen allein. Sie liegt in ihnen ebenso wie im Besitz, sei er gutgläubig oder nicht. Juristisch erscheint dagegen das dingliche Recht als das Recht, den Eingriff jedes Dritten abzuwehren, mag er selbst den Inhalt des Rechts ausüben oder nur den Berechtigten hindern wollen. Das dingliche Recht ist also auf der einen Seite ein negatives, ein bloßes Verbotungsrecht, auf der andern Seite ein gegen alle wirkendes, ein absolutes Recht. Da ferner aber auch persönliche Rechte in einem Verbotungsrechte bestehen können, so bleibt für die Dinglichkeit als seine Wesenheit bestimmend nur der absolute Klagschutz bestehen. Somit stelle ich mich auf den Boden der zweiten Theorie, die Fuchs²¹⁾ kurz dahin zusammengefaßt hat: „Dinglichkeit ist Absolutheit.“

Vermittelnd zwischen beiden Theorien, wenigstens dem Ausdrucke nach, steht die Windscheidsche.²²⁾ Nach ihr sind „dingliche Rechte diejenigen, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist für eine Sache, d. h. für das Verhalten eines jedweden in betreff der Sache. Windscheid sieht also einerseits das Wesen der Dinglichkeit in dem

²¹⁾ Fuchs a. a. O. S. 17.

²²⁾ Windscheid (6. Auflage) I. S. 101.

Verbotungsrecht und dem absoluten Schutz des Berechtigten, will aber andererseits doch die Beziehung zu der Sache aufrecht erhalten. Da er jedoch ausdrücklich erklärt, die dinglichen Rechte enthalten kein Dürfen, so ist nicht recht ersichtlich, was die Worte „in betreff einer Sache“ in der Definition bedeuten. In der That zieht auch Windscheid keinerlei Konsequenzen hieraus, insbesondere keine, welche die dinglichen Rechte von den andern absoluten Rechten unterscheiden würden.²³⁾ Eine solche Teilung dürfte sich also auch nach Windscheid erübrigen.

Ist also die von uns vertretene Annahme richtig, daß der absolute Klagschutz das Wesen der Dinglichkeit ist, so ist die reale Herrschaft unwesentlich, mithin kann es dingliche Rechte auch an unkörperlichen Sachen geben. Der Ausdruck „dingliches“ Recht kann ja auch nicht störend sein, so lange man von unkörperlichen Sachen spricht.

Eine zweite Folge unserer Theorie ist aber, daß die Rechtsordnung jedes Recht verdinglichen kann, indem es ihm absoluten Rechtsschutz verleiht.

So war m. E. auch schon die Auffassung der Römer von Dinglichkeit. Nicht reale Macht, nicht eine dem Rechte innewohnende Eigenschaft machte den Anspruch zum dinglichen oder persönlichen, allein der von der Rechtsordnung gewährte Klagschutz entschied darüber. Man könnte dies zunächst vielleicht schon daraus schließen, daß gar nicht das Recht als dingliches oder persönliches erscheint, sondern die *actio in rem* oder *in personam* geht: die *actio* muss also das die Dinglichkeit bedingende Moment enthalten.

Aber es giebt noch schlagendere Beweise für unsere Auffassung. Keineswegs nämlich bei allen dinglichen Rechten hat der Berechtigte eine reale Herrschaft über die Sache, nicht einmal immer der Eigentümer. Man erinnere sich nur, daß der Legatar Eigentum ohne Besitzergreifung erwirbt. Noch häufiger aber ist dies bei Servituten der Fall und zwar bei den *servitutes in non faciendo*; über das dienende Grundstück kann der Berechtigte keinerlei unmittelbare

²³⁾ Windscheid a. a. O. I. S. 106.

Herrschaft ausüben, er kann nur den Eigentümer verhindern, bestimmte Handlungen vorzunehmen, ganz abgesehen davon, daß er bei der *servitus oneris ferendi* ihn sogar zu einem positiven Thun veranlassen kann. Endlich fehlt bei der Hypothek in den regelmäßigen Fällen dem Pfandgläubiger jede unmittelbare Gewalt über die verpfändete Sache, wenn freilich er sie sich auch verschaffen kann.

Jedenfalls aber ist man daraus zu schließen berechtigt, daß die reale Macht auch bei den Römern nicht das Wesen der Dinglichkeit ausgemacht hat.

Andrerseits haben aber die Römer sehr wohl dingliche Rechte an Sachgesamtheiten gekannt, man denke an die *hereditatis petitio* und an die Generalhypothek; sie haben ferner ursprünglich obligatorische Rechtsverhältnisse, *Superficies*, *Emphyteusis* und *Hypotheka*,²⁴⁾ durch Begabung mit der dinglichen Klage zu dinglichen Rechten gemacht: daraus folgt, daß auch den Römern Dinglichkeit Absolutheit war.

Kann aber somit jedes Recht verdinglicht werden, so darf auch gegen unsere Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft der Einwand nicht erhoben werden, daß das Handelsgesetzbuch damit ein dingliches Recht einführte, was sonst unbekannt sei und zwar um so weniger, als bereits das *Corpus juris* in einem ganz ähnlichen Falle von einem dinglichen Recht spricht. In²⁵⁾ l. 16 § 1 D. pro socio 17,2 und ganz ähnlich in²⁶⁾ l. 14 § 3 D. com. div. 10,3 wird nämlich der Fall erörtert, daß Miteigentümer verabredet haben, ihre gemeinschaftliche Sache nicht vor Ablauf einer bestimmten Zeit zu teilen, der eine Miteigentümer verkauft

²⁴⁾ l. 1 § 1 D. si ag. vat. 6, 3. l. 1 pr. § 1 D. de superf. 43, 18 u. § 7 J. de action. 4, 6.

²⁵⁾ Qui paciscitur, ne dividat, nisi aliqua iusta ratio intercedat, nec vendere potest, ne alia ratione efficiat, ut dividatur. Sed sane potest dici venditionem quidem non impediri, sed exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante dividat quam divideret is, qui vendidit.

²⁶⁾ Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium: quare emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptionem summovebitur, qua auctor eius summovertetur.

darauf seinen Anteil; der auf Teilung klagende Käufer wird mit seiner Klage abgewiesen.

Hier haben wir also einen Vertrag, der gegen Dritte wirkt, oder mit anderen Worten ein dingliches Recht.

In ganz ähnlicher Weise geht das Handelsgesetzbuch vor und auf dem einmal eingeschlagenen Wege nur einen Schritt weiter. Es läßt nämlich den Vertrag, daß bestimmte Vermögensstücke zur Befriedigung der gemeinschaftlichen Gläubiger verwendet werden sollen, nicht nur dinglich wirken, sondern sieht schon in der Begründung eines Gesellschaftsvermögens den dahin zielenden Willen genügend erklärt.

Erkennt man aber dieses Prinzip an, so stellen sich die Bestimmungen der Art. 120—122 lediglich als seine Konsequenzen dar, insbesondere auch das Verbot der Kompensation wie der besondere Gesellschaftskonkurs. Denn wollte man das Verbot der Kompensation²⁷⁾ nicht anerkennen, so wäre das den Mitgesellschaftern eingeräumte Recht ein rein illusorisches; es könnte alsdann jeder Privatgläubiger auf dem Wege der Aufrechnung sich doch mit Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens befriedigen. Der gesonderte Konkurs²⁸⁾ ist aber eine Folge unseres Prinzips, weil eben die Privatgläubiger infolge des den Gesellschaftern gegenseitig eingeräumten Rechts nur Anspruch auf den Rest des Gesellschaftsvermögens nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger haben, daher letztere vorab zu befriedigen sind, gleichgiltig, ob die Gesellschaft zahlungsunfähig ist oder nicht.

Es ergibt sich hieraus auch die Irrigkeit der Auffassung, daß die Sonderung des Gesellschaftsvermögens im Interesse der Gesellschaftsgläubiger erfolgt. Sie geschieht vielmehr einzig und allein in dem der Socien. Denn je größer der Fonds ist, um so weniger haben sie zu fürchten, daß plötzliche Stockungen im Geschäftsbetrieb eintreten, oder daß sie persönlich in Anspruch genommen werden; müssen sie aber doch zahlen, so haben sie desto begründetere Aussicht,

²⁷⁾ Laband Z. XXXI. S. 11 ff.

²⁸⁾ Laband Z. XXXI. S. 19 ff.

aus dem Fonds Ersatz zu erhalten. Daß aber alle Bestimmungen der Art. 119 ff. kein Recht der Gesellschaftsgläubiger begründen wollen, geht unmittelbar daraus hervor, daß die Gesellschafter jederzeit den Fonds aufteilen können, ohne einem etwaigen Widerspruch der Gesellschaftsgläubiger Beachtung zu schenken; gegen den Widerspruch eines Gesellschafters dürfte dagegen die Verteilung nicht erfolgen. Die Sonderung des Gesellschaftsvermögens ist mithin ein Recht der Gesellschafter und der aus der gegenteiligen Behauptung entnommene Beweis für die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft hinfällig.

Das Gesellschaftsvermögen ist daher nicht das Vermögen einer besonderen Person, sondern steht im Miteigentum der Socien; jeder von ihnen hat einen ideellen Anteil daran, der allerdings bei der steten Wandelbarkeit äußerlich als ein Geldanspruch erscheint, sowie an jedem einzelnen Vermögensbestandteil. Lediglich bei dieser Annahme auch läßt es sich erklären, daß der Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht. Denn wäre die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person, so müßte sich der Anspruch jedes Socius als eine bloße Forderung gegen die Gesellschaft darstellen und diese dann wie alle andern Forderungen unter die Aktiva der Konkursmasse eingestellt werden: für den Bestand der Gesellschaft wäre dies aber ebenso einflußlos, wie für eine Aktiengesellschaft der Konkurs eines Aktionärs.

Damit sind die hauptsächlichsten Gründe erörtert, die für die juristische Persönlichkeit ins Feld geführt werden; als stichhaltig können sie aber nicht anerkannt werden, da sie alle ihre Erklärung auch vom Standpunkte der Societät aus finden. In der That auch hat der neueste Verteidiger der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft, Eccius,²⁹⁾ zugegeben, daß diese Momente allein nicht geeignet sind, das Vorhandensein einer juristischen Person zu erweisen. Er sieht das Wesen der juristischen Person darin, daß sie selbständiges Vermögen und eigene Schulden haben

²⁹⁾ Eccius Z. XXXII. S. 6.

kann und tritt damit der Labandschen Definition³⁰⁾ der juristischen Person bei, der auch ich mich anschließe.

Daß nun solche selbständige Schulden der offenen Handelsgesellschaft bestehen, will Eccius mit der Thatsache beweisen, daß die Gesellschaftsgläubiger allein das Recht haben, aus dem Fonds befriedigt zu werden. Schon oben ist erörtert, daß von einem solchen Recht gar nicht gesprochen werden kann; denn ein Recht ist dann doch nicht vorhanden, wenn das sogenannte Recht jederzeit willkürlich von dem Verpflichteten beseitigt werden kann. Und ferner kann nicht auch der Privatgläubiger irgend eines Gesellschafters aus den gemeinschaftlichen Mitteln befriedigt werden, sei es, daß die übrigen Socien ihre Zustimmung dazu geben, sei es, daß ein Gesellschafter unredlichen Gebrauch von seiner Verfügungsgewalt macht? Giebt aber jemand den Gesellschaftsgläubigern ein Recht auf den Fonds, so muß er ihnen auch das Recht geben, einer derartigen Veräußerung zu widersprechen. Will man dies nicht und behauptet doch die juristische Persönlichkeit, so ergibt sich, daß ein Gesellschafter wenigstens formell berechtigt ist, seine Schulden aus einem ihm fremden Vermögen zu bezahlen.

Endlich aber widerspricht es dem Wesen der juristischen Person allerdings, wenn für die Schulden der Vereinigung neben dem vereinigten und gesondert haftenden Vereinsvermögen auch die einzelnen, die Vereinigung bildenden Menschen haften; die gegenteiligen Ausführungen von Eccius vermögen in keiner Hinsicht zu überzeugen.

Sollte man aber auch dies nicht zugeben, so giebt es nach Eccius doch wenigstens eine Art von Forderungen, die allein das Gesellschaftsvermögen belasten, und für welche die Socien wenigstens während des Bestehens der Gesellschaft nicht haften, nämlich die Forderungen der Socien gegen die Gesellschaft. Wären diese wirklich Schulden des Gesellschaftsfonds, so müßte man deshalb allein schon die juristische Persönlichkeit anerkennen. In der That sind

³⁰⁾ Laband Z. XXX. S. 496 ff.

aber auch diese lediglich obligatorische Beziehungen der Gesellschafter untereinander,³¹⁾ insbesondere vollzieht sich auch hier, soweit dieselbe Person Gläubiger und Schuldner ist, teilweiser Untergang der Forderung durch Confusio.

Wie wir nämlich gesehen haben, ist mit der Bildung eines Gesellschaftsvermögens die stillschweigende Abrede verbunden, daß es zur Deckung der Gesellschaftsschulden verwendet werden solle. Diesen Vertrag müssen natürlich die Gesellschafter untereinander gelten lassen und können daher, solange ein Fonds vorhanden ist, aus ihren Forderungen gegen keinen Mitgesellschafter klagend vorgehen. Jeder von ihnen hätte das Recht, diese Abrede exceptionsweise geltend zu machen. Aber auch wenn der Fonds nicht ausreicht, kann der Gläubiger-Gesellschafter nicht auf seine Mitgesellschafter zurückgreifen, da gemäß Art. 92 kein Socius verpflichtet ist, seine Einlage zu erhöhen.

Alles dies gilt aber ebenso von dem anspruchsberechtigten Socius, der daher auch seinerseits nicht verpflichtet ist, eine Gesellschaftsschuld aus eigenen Mitteln zu zahlen, was einer Vermehrung seiner Einlage gleichkommen würde. Er ist daher berechtigt, aus dem Gesellschaftsvermögen seine Auslagen etc. ersetzt zu verlangen und zwar den ganzen Betrag, nicht erst nach Abzug des auf ihn selbst fallenden Anteils der Schuld. So scheint auf den ersten Blick in der That Confusio nicht einzutreten.

Und doch geht die Forderung teilweise durch Confusio unter, nur vollzieht sich der Ausgleich in der entsprechenden Minderung des Geschäftsanteils. Gerade soviel nämlich als entsprechend dem Geschäftsanteil auf den Gläubiger-Gesellschafter von der Schuld fällt und daher durch Confusio untergehen muß, erhält er aus seinem eigenen Guthaben bei der Gesellschaftskasse herausbezahlt, so daß sein Vermögensbestand sich nicht verändert und nur eine Verschiebung aus einer Kasse in die andere stattfindet. Dadurch wird aber sein Eigentum in keiner Weise vermehrt; er bekommt aus der Kasse heraus, was schon zuvor wirt-

³¹⁾ Laband Z. XXXI. S. 21 ff.

schaftlich wie juristisch in seinem Eigentum gestanden hat, lediglich befreit von dem den Mitgesellschaftern eingeräumten dinglichen Rechte. Dem Eigentumsrechte scheint zwar zu widersprechen, daß nach der hier vertretenen Ansicht jedes einzelne Stück des gesellschaftlichen Vermögens im Miteigentum der Socien steht, aber es scheint eben auch nur. Denn in dem Augenblicke, wo das Geld ausgesondert ist, hat eine Teilung und zugleich durch die Person des die Abzählung des Geldes vornehmenden Gesellschafters hindurch Übertragung des Besitzes und des Eigentums der Mitsocien an den berechtigten Gesellschafter stattgefunden. Letzterer hat also vor der Übergabe an ihn schon Eigentum gehabt; würde daher in der Zwischenzeit Konkurs über die Gesellschaft eröffnet, so dürfte dieses Geld nicht mehr hineingezogen werden, sofern nur es gesondert bleibt.

Ein Zahlenbeispiel mag dies alles verdeutlichen: A. und B. bilden eine offene Handelsgesellschaft, und zwar beträgt der Anteil des A. 50000 Mark und der von B. 100000 Mark. B. hat 15000 Mark verauslagt; von diesen fallen, sofern sie pro rata ihrer Geschäftsanteile haften, auf den seinen 10000 Mark, auf den des A. $\frac{1}{3}$ mit 5000 Mark. Würde nun B. allein die 5000 Mark aus dem Gesellschaftsvermögen ersetzt erhalten, so würde er, da er an diesem mit $\frac{2}{3}$ beteiligt ist, noch einmal $\frac{2}{3}$ von 5000 Mark bezahlen. Die 5000 Mark müßten also lediglich von dem Geschäftsanteil des A. gedeckt werden, der sich dann auf 45000 Mark beliefe. Die 10000 Mark, welche den Anteil des B. hätten auf 90000 Mark verringern müssen, bleiben dagegen im Gesellschaftsvermögen und vermehren dadurch den Anteil des B. B. ist infolgedessen bei dem jetzigen Vermögensbestand von 145000 Mark, mit 100000 Mark, also zum Nachteil des A. mit mehr als $\frac{2}{3}$ beteiligt.

Erhält B. dagegen die ganzen 15000 Mark aus der Gesellschaftskasse, so vermindert sich sein Geschäftsanteil um 10000 Mark, während sein Privatvermögen um diese Summe wächst; thatsächlich deckt er also auch in diesem Falle die auf ihn fallenden $\frac{2}{3}$ mit seinem Eigentum, und vollzieht sich der Untergang durch Confusio nur rücksichtlich eines

andern Teils seines Vermögens, nämlich seines Gesellschaftsanteiles. Daher bleibt auch sein Vermögen sich in beiden Fällen gleich; in dem ersten Falle beträgt es $100\,000 + (x + 5\,000)$ Mark, in dem zweiten $90\,000 + (x + 15\,000)$ Mark, im ganzen also $x + 105\,000$ Mark.

Somit sind die Ansprüche der Gesellschafter keine Schulden der Gesellschaft als solcher, sondern teils obligatorische, teils bloße Rechnungsbeziehungen der Gesellschafter zu einander. Da sich auch sonst die Fähigkeit selbständige Schulden zu haben, worin das Wesen der juristischen Person zu erblicken ist, nicht nachweisen läßt, so ist eben als solche die offene Handelsgesellschaft nicht anzuerkennen.

§ 4.

Die anderweiten Konstruktionen.

1. Die vielen Schwierigkeiten, zu welchen die Annahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft führt, waren der Anlaß, eine neue Theorie aufzustellen, welche die Vorteile jener beibehalten, ihre Nachteile vermeiden sollte, ich meine die Theorie von der relativ-juristischen Person.

Danach ist die offene Handelsgesellschaft nach außen juristische Person, nach innen Societät¹⁾ und bildet damit in gewissem Sinne ein Gegenstück zu der erlaubten Gesellschaft des preußischen Landrechts, die sich nach außen als Societät, nach innen als Korporation darstellt. So verlockend auch diese Konstruktion erscheint, da sie allen Anforderungen gerecht zu werden sucht, so ist sie trotzdem nicht haltbar.

Dahn beruft sich zum Beweise seiner Theorie insbesondere auf das Grundbuchrecht. In dem Grundbuch werden nämlich die Grundstücke auf die Firma eingetragen,²⁾ und

¹⁾ Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind: Dahn, Handelsrechtliche Vorträge S. 76 ff., Brinkmann, Handelsrecht S. 126 ff., Gareis, Handelsrecht S. 135 ff., Beseler deut. Privatrechts S. 1035 (4. Aufl.).

²⁾ Vgl. 2. B. preuss. Eg. 2. H.G.B. Art. 23. sächs. Eg. Art. 10 Hamb. Eg. Art. 17 Bayr. Eg. Art. 41.

ist nach manchem Recht dabei sogar die Hinzufügung der Namen der Gesellschafter unstatthaft.³⁾ Da aber in der Namensrubrik nur die Namen von Rechtssubjekten stünden, könnten nicht die Socien, sondern nur die Gesellschaft Eigentümerin sein.

Dieser Beweis fällt, wenn man in der Firma nichts als den Kollektivnamen der Gesellschafter sieht. Freilich bleibt dann eine auffallende Thatsache bestehen, daß beim Verkauf des Geschäfts das Grundstück ohne Auflassung auf den Erwerber übergeht. Dies allein kann aber nicht beweisend sein, man hat hierin vielmehr nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu sehen. Denn wollte man in der Umschreibung eines Grundstücks auf die Firma in jedem Falle eine Auflassung sehen, so müßte man auch verlangen, daß zwei Personen, die eine Handelsgesellschaft begründen und ein gemeinschaftliches Grundstück einwerfen, es erst an die Firma, also an sich selbst, auflassen und bei einer demnächstigen Auflösung wieder an sich selbst rückauflassen. Dabei würden sie ohne jeden Grund zweimal den vollen Stempel zu zahlen haben, da sie ja nach der Dahnschen Theorie, wenigstens im Verhältnis zu einander, nie das Eigentum verloren haben. Gerade hierin liegt auch die Schwäche der Konstruktion, daß, je nachdem man auf das Verhältnis der Gesellschafter zu einander oder zu Dritten sieht, bald die Socien, bald die Gesellschaft Eigentümer des Gesellschafter-Vermögens und Subjekte der gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten sind. Ein solcher schillernder Rechtszustand ist aber jedem Rechte zuwiderlaufend; ferner ist es auch juristisch undenkbar, daß eine Societät, also „ein Rechtsverhältnis zugleich Rechtssubjekt sein soll.“⁴⁾

2. Eine fernere Zahl von Schriftstellern erklärt die offene Handelsgesellschaft für eine deutschrechtliche Gemeinder-schaft.⁵⁾ Gegen diese Konstruktion liegen eine solche An-

³⁾ Vgl. preuss., bayr. u. Hamb. Eg. a. a. O.

⁴⁾ Laband Z. XXX. S. 482.

⁵⁾ Kuntze Z. VI S. 177 ff. 1860. Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht 1868/73/81, und die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887. Ferner ist hierher auch Behrend, Handelsrecht

zahl gewichtiger Stimmen, selbst von Germanisten,⁶⁾ vor, daß es einer Widerlegung nicht mehr bedarf, zumal die praktischen Differenzen mit der Societätstheorie außerordentlich geringfügig sind. Übrigens muß selbst der Hauptvertreter dieser Konstruktion, Gierke, zugeben, daß bei der offenen Handelsgesellschaft sich das Prinzip der gesamten Hand ganz eigenartig entwickelt habe.⁷⁾ Stellen sich aber die Germanisten vollends auf den, von Gierke freilich verworfenen, Heuslerschen Standpunkt⁸⁾ und sehen demgemäß die Gemeinderschaft nicht als ein undenkbares Zwischengebilde zwischen Societät und juristischer Person, sondern diese wie die römische *Communio* lediglich als zwei Arten desselben Genus an, so bleibt im wesentlichen nur der recht unbedeutende Streit übrig, ob die sogenannte Gemeinderschaft ein auf deutscher Grundlage selbständig entwickeltes Institut oder nur eine besondere Ausgestaltung des römischen Societätsbegriffs ist, ohne sich zu einem besondern Rechtsinstitut entwickelt zu haben.

3. Eine eigentümliche Konstruktion stellt Laband⁹⁾ auf. Er sieht in der offenen Handelsgesellschaft nur ein eigentümliches Haftungsverhältnis, mit dem sich eine Societät verbinden kann, aber nicht zu verbinden braucht.

Auch diese Ansicht hat bereits eine so eingehende Widerlegung gefunden,¹⁰⁾ daß hier einige Bemerkungen darüber genügen dürften.

1886 zu zählen, wenn er sagt (S. 516): „Die Gesellschaft bildet eine Einheit nicht in der Bedeutung einer juristischen Person, wohl aber im Sinne einer durch die Gesellschaftsfirma zum Ausdruck gebrachten Zusammenfassung der einzelnen Gesellschafter.“ Vgl. auch desselben Ausführungen in Z. XXXIV. S. 281, wo er sich ausdrücklich als Anhänger der Gemeinderschaftstheorie bekennt. In den Konsequenzen durchaus übereinstimmend auch Unger in Jahrbüchern für Dogmatik XXV. S. 239 ff. 1887, der einen ganz analogen Begriff aus dem römischen Recht herauskonstruieren will; vgl. insb. S. 243 f.

⁶⁾ Vgl. Laband Z. XXX. S. 483 ff. und die dort Citierten.

⁷⁾ Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 435.

⁸⁾ Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885. S. 249 ff.

⁹⁾ Laband Z. XXX. S. 503 ff.

¹⁰⁾ Gierke a. a. O. S. 438 ff.

Laband basiert seine Konstruktion auf zwei Sätze, welchen meines Erachtens die Zustimmung zu versagen ist: Bei jeder der vier Arten von Handelsgesellschaften sollen mehrere Personen unter einer gemeinschaftlichen Firma Handelsgeschäfte betreiben.¹¹⁾ Aber weder der Kommanditist noch der Aktionär „betreiben“ Handelsgeschäfte, und gerade deßhalb wird ihnen die Kaufmannsqualität abgesprochen.¹²⁾

Ferner kann ich der Behauptung nicht beipflichten, daß das Handelsgesetzbuch kein bestimmtes Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern für den Begriff der offenen Handelsgesellschaft fordert.¹³⁾ Vielmehr ist oben der Nachweis zu erbringen versucht, daß Art. 85 den Abschluß eines Societätsvertrages verlangt.

In der That giebt auch Laband selbst zu, daß es lediglich einige Ausnahmefälle sind, in denen eine Societät der Mitglieder nicht bestehe; weil aber auch in diesen Fällen die Bestimmungen über die Haftung der offenen Gesellschafter in kraft treten, so folge daraus, daß auch eine derartige Vereinigung eine offene Handelsgesellschaft sei.

Ganz abgesehen davon, daß Ausnahmefälle überhaupt nicht zu einer Begriffsbestimmung verwertet werden können, so ist der Schluß an sich nicht zwingend. Nicht weil sie Socien einer offenen Handelsgesellschaft sind, haften sie nach den für diese geltenden Grundsätzen, sondern weil sie sich als solche ausgeben, und schon nach allgemeinen Grundsätzen jeder seine Erklärungen gegen sich gelten lassen muß. Um so mehr gilt dieser Satz, wenn die Erklärungen, was regelmäßig der Fall sein wird, in das Handelsregister eingetragen sind. Dagegen folgt aus der Eintragung als offene Handelsgesellschaft nicht das Bestehen einer solchen; sonst käme man dazu, die Eintragung als Begründungsakt ansehen zu müssen. Eine offene Handelsgesellschaft kann aber immer nur entstehen, wenn die oben erörterten, essen-

¹¹⁾ Laband a. a. O. S. 507 f.

¹²⁾ Goldschmidt I. S. 469 f.

¹³⁾ Laband a. a. O. S. 516 f.

tiellen Merkmale erfüllt sind. In allen denjenigen Fällen also, in denen kein wahres Societätsverhältnis vorliegt, besteht keine offene Handelsgesellschaft, ebensowenig wie wenn z. B. die gemeinschaftliche Firma fehlt. Der zu Grunde liegende Gesellschaftsvertrag ist als solcher ungiltig und besteht nur weiter, sofern er die Voraussetzungen eines anderen Vertrages erfüllt; Dritten kann jedoch aus dem angegebenen Grunde die Ungiltigkeit nicht entgegengehalten werden.

Bekommt also z. B. ein fälschlich als Socius bezeichneter Teilnehmer für sein eingeschossenes Kapital eine im voraus festgesetzte Vergütung, ohne an Gewinn und Verlust beteiligt zu sein, so liegt ein Darlehnsverhältnis vor; ein Dienstmietevertrag würde abgeschlossen sein, wenn für die Teilnahme an der Geschäftsleitung eine bestimmte Summe gegeben wird. Es finden daher auch die für diese Institute geltenden Rechtssätze Anwendung,¹⁴⁾ mit der einzigen Ausnahme, daß sie Dritten wie Socien, nicht aber als Socien haften.

Zu welchen Konsequenzen Laband infolge seiner Konstruktion gedrängt wird, zeigt sich darin, daß er auch im Falle einer Societas Leonina eine offene Handelsgesellschaft anzunehmen gezwungen ist, wodurch er sich in offenbaren Widerspruch zu den Redaktoren des Handelsgesetzbuchs setzt. Der preußische Entwurf enthielt nämlich in seinem Artikel 111 die Bestimmung:

„Wenn in dem Gesellschaftsvertrage festgesetzt ist, daß ein Gesellschafter von jedem Anteil am Gewinn ausgeschlossen sei, so ist der Gesellschaftsvertrag ungiltig; er besteht als Schenkung, sofern die Voraussetzungen dieses Vertrages vorhanden sind.“

Dieser Artikel wurde in der zweiten Lesung als selbstverständlich gestrichen.¹⁵⁾

Schliesslich müßte man bei der Labandschen Konstruktion auch dazu kommen, eine aufgelöste Handelsgesellschaft noch als solche anzusehen. Denn solange die Firma nicht ge-

¹⁴⁾ Vgl. Goldschmidt in Heidelb. krit. Zeit. IV. S. 307 f.

¹⁵⁾ Protokolle S. 1000.

löscht ist und ein Socius, sei es mit oder ohne den Willen der übrigen, unter der Firma kontrahiert, haften alle früheren Socien wie bisher solidarisch; mithin bestünde nach Laband hier eine offene Handelsgesellschaft, die tatsächlich schon untergegangen ist.

4. Endlich¹⁶⁾ ist noch einer Konstruktion zu gedenken, die allerdings außer ihrem Begründer, Lastig, keinen Vertreter gefunden hat. Lastig sieht nämlich in der offenen Handelsgesellschaft eine „bloße Wirtschafts- oder Dispositionsgemeinschaft,“¹⁷⁾ wie überhaupt für ihn der Begriff „Gesellschaft“ kein juristischer, sondern nur ein wirtschaftlicher ist.¹⁸⁾ Damit scheidet aber diese Konstruktion überhaupt aus der Reihe der für die heutige Rechtswissenschaft verwertbaren aus. Denn da sie auf einem nicht dem Rechtssystem entnommenen Begriff basiert, können aus ihr unmittelbar rechtliche Konsequenzen nicht hergeleitet werden. Dies erkennt auch Lastig an, indem er annimmt, daß z. B. durch die Begründung eines Gesellschaftsfonds eine Verschiebung der Eigentumsverhältnisse an sich nicht eintritt. Der Gesellschafter überweist vielmehr nur wie der Einzelkaufmann Vermögenstücke aus der einen Wirtschaft in eine andere Wirtschaft derselben Person,¹⁹⁾ behält daher sein Eigentum und räumt lediglich ein Dispositionsrecht den Socien ein. Miteigentum trete dagegen nur ein, falls besondere Gründe dazu vorliegen, so z. B. wenn die Einlagen in vertretbaren Sachen bestehen, durch Vermischung.

Im direkten Widerspruch dazu steht Art. 91, der vom „Eigentum“ der Gesellschaft spricht. Daß die Redaktoren damit lediglich ein Tragen der Gefahr hätten bezeichnen wollen, wie Lastig nachzuweisen sucht²⁰⁾, ist, selbst die Richtigkeit dieser Ansicht zugestanden, völlig irrelevant;

¹⁶⁾ Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. 1881. I. §§ 74—95.

¹⁷⁾ Lastig a. a. O. S. 341.

¹⁸⁾ Lastig a. a. O. S. 316 ff.

¹⁹⁾ Lastig a. a. O. S. 336.

²⁰⁾ Lastig a. a. O. S. 338 f.

denn giltig wird der Wortlaut des Gesetzes, nicht aber was die Redaktoren sagen wollten.

Die Unhaltbarkeit der Lastigschen Theorie zeigt sich aber außerdem, sobald sie auf das Grundbuchrecht angewendet werden soll. Wirft z. B. ein Gesellschafter ein Grundstück ein, so läßt er es auf die Firma umschreiben, während er Eigentümer desselben bleibt.²¹⁾ Da aber die Firma nach Lastig nur ein Rechnungsname und kein Personenname ist, so dürfte zunächst in Konsequenz dieser Auffassung die Firma überhaupt nicht im Grundbuch stehen. Sieht man aber davon ganz ab und giebt zu, daß trotz der Eintragung der Firma der Inferent Eigentümer bleibt, so läßt sich wieder nicht das Verfügungsrecht der übrigen Socien erklären. Am eigentümlichsten gestaltet sich aber das Verhältnis, wenn ein Gesellschafter für die Gesellschaft ein Grundstück erwirbt. Dann soll nämlich unmittelbar die Firma eingetragen werden und damit ergibt sich, daß nach der Lastigschen Theorie niemand das Eigentum an dem Grundstück haben kann. Denn der kontrahierende Gesellschafter erwirbt es nicht, weil sein Name nicht eingetragen ist, ebensowenig aber die Gesamtheit der Socien, da die Firma kein Kollektivname ist, noch auch eine juristische Person, da eine solche durch die Firma nicht bezeichnet wird. Der frühere Eigentümer endlich hat durch die Auflassung sein Recht verloren, und so wäre das Grundstück in der That herrenlos. Diese eine Konsequenz allein dürfte genügen, um Lastigs Theorie zu widerlegen.

Die offene Handelsgesellschaft ist also weder juristische Person noch auch relativ-juristische Person oder eine deutschrechtliche Gemeinderschaft; sie ist weder ein eigentümliches Haftungsverhältnis noch eine bloße Wirtschaftsgemeinschaft: vielmehr ist sie Societät im Sinne des gemeinen Rechts,²²⁾ wie dies schon aus Art. 85 Hgb. hervorgeht,

²¹⁾ Lastig eod.

²²⁾ So auch Goldschmidt in der Heid. krit. Zeit. IV. 1857. Heise, Handelsrecht 1858. Auerbach, Gesellschaftswesen 1861. Randa, im Archiv für Wechselrecht XV. 1866. Regelsberger in Z. XIV. 1870. Re-

aber keine gewöhnliche, sondern eine Societät von Kaufleuten. Daher sind die Gesellschafter Eigentümer des Gesellschaftsfonds und zwar zu ideellen Teilen, die freilich in jedem Augenblick sich ändern können, daher werden die Socien aus den Geschäften der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet. Mit einem Worte, es gilt, soweit das Handelsgesetzbuch nicht Abweichendes bestimmt, das Societätsrecht. Damit ist die nötige Grundlage gewonnen, von der aus die Frage nach der Haftung für die Gesellschaftsschulden zu beantworten ist. Zuvor jedoch soll noch kurz erörtert werden, was denn eigentlich Gesellschaftsschulden sind.

naud: Über die Handelsgesellschaften (Heidelberger Prorektoratsrede) 1872 und das Recht der Kommanditgesellschaft 1881. v. Hahn, Kommentar zum Hgb. (3. Aufl.) 1879. Thöl, Handelsrecht (6. Aufl.) 1879. Simon in Z. XXIV. 1879. Behrens: Jur. Konstruktion der Handelsgesellschaften 1879. Freudenstein: Die Rechtskraft nach der Zivilprozeßordnung 1881 S. 248 ff. Stobbe: Deut. Privatrecht (2. Aufl.) 1882. Lehmann: Das Rechtsgewand der offenen Handelsgesellsch. 1882. Wach: Zivilprozeß. 1885. Derselbe in Zeitschrift für Zivilprozeß IX. 1886 und Verhandlungen des XIX. Juristentages II. 1888. Sommer in Gruchots Beiträgen XXX. 1886. Schwalb in Z. XXXIV. 1888.

Ebenso auch Rohg. insbesond. in U. v. 17. 2. 71. II. S. 39; U. v. 7. 11. 71. III. S. 417; U. v. 14. 2. 72. V. S. 205; U. v. 28. 1. 73. IX. S. 17. U. v. 4. 2. 74. XII S. 261; U. v. 27. 6. 74. XIV. S. 5; U. v. 26. 6. 76, XX. S. 181.

Ferner auch Rg. insb. in U. v. 8. 12. 80. III. S. 57; U. v. 4. 10. 81. V. S. 55 und 9. 7. 81. V. S. 71; U. v. 24. 6. 82. IX. S. 143; U. v. 11. 10. 83. XI. S. 117; U. v. 28. 4. 86. XVI. S. 2; U. v. 15. 12. 86. XVII. S. 367 und die dort citirten ungedruckten Entscheidungen des Rg. und Rohg.

Auffallend ist die Entscheidung des Rg. v. 14. 5. 86. XVI. S. 17, welches zwar die juristische Persönlichkeit leugnet, trotzdem aber sagt, daß „die offene Handelsgesellschaft neben den Gesellschaften ein besonderes Rechtssubjekt mit besonderem Vermögen bildet.“ Diese Entscheidung widerspricht offenbar sich selbst und steht im Gegensatz zu der sonst vom Rg. vertretenen Auffassung.

Kapitel II.

§ 5.

Die Gesellschaftsschulden.

Ein äußeres Zeichen dafür anzugeben, wann eine Gesellschaftsschuld vorliegt, ist bisher noch nicht gelungen. Insbesondere ist die von Römer¹⁾ aufgestellte Definition:

„Gesellschaftsschuld ist die im Namen der Gesellschaft begründete Schuld“

durchaus unzutreffend. Denn eine Gesellschaftsschuld kann ebensowohl begründet werden, ohne daß unter der Firma kontrahiert wird, wie umgekehrt die Nennung der Firma nicht immer genügt. Das erstere erkennt auch ausdrücklich das Handelsgesetzbuch²⁾ an, indem es eine Gesellschaftsschuld auch dann annimmt, „wenn die Umstände ergeben, daß das Rechtsgeschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.“

Ebensowenig kann aber der Gebrauch der Firma allein genügen, um die Gesellschaft zu verpflichten, wenn der Kontrahent irgend ein Rechtsgeschäft für eigene Rechnung schließen will und dabei, vielleicht aus Gewohnheit oder um seine Kreditwürdigkeit zu beweisen, die Gesellschaftsfirma gebraucht. War diese Absicht, sich allein zu verpflichten, dem andern Kontrahenten erkenntlich oder mußte er es aus den Umständen entnehmen, so wird trotz der Firmennennung der kontrahierende Gesellschafter allein berechtigt und verpflichtet, weil eben der Wille der Parteien dahin ging und daran der Gebrauch lediglich eines andern Namens nichts ändern konnte. War dagegen der dahin zielende Wille des unter der Firma kontrahierenden Gesellschafters nicht erkennbar und glaubte der andere Kontrahent mit der Gesellschaft das Geschäft abzuschließen, so ist die nötige Willensübereinstimmung nicht vorhanden, das Rechtsge-

¹⁾ Römer, Abhandlungen aus dem römischen Handels- u. Wechselrecht, Heft 1. 1877. S. 154.

²⁾ Hgb. Art. 114, Abs. 2 i. f.

schäft mithin nichtig.³⁾ Wollte aber der Gesellschafter die Societät verpflichten und der Gegenkontrahent nur den einen Socius, so ist trotz des scheinbaren Mangels der Willensübereinstimmung der Kontrakt gültig. Denn für den kontrahierenden Gesellschafter bleibt es sich gleich, ob er seine Socien mitverpflichtet oder nicht, da er in beiden Fällen gleichmäßig haftet und gleichmäßig einen Regreß gegen die Gesellschaft hat. Der andere Kontrahent kann sich aber auf seinen Irrtum sicherlich nicht berufen, denn das, was er gewollt hat, die Verpflichtung seines Gegenkontrahenten, hat er erreicht; daß darüber hinaus noch andere haften, schließt seinen Vertragswillen nicht aus.

In allen denjenigen Fällen endlich, in denen die bloße Form genügt, um eine Verpflichtung hervorzurufen, wird durch den Gebrauch der Firma, natürlich nur seitens eines dazu Berechtigten, eine Verbindlichkeit der Gesellschaft erzeugt. Wenn daher ein Gesellschafter, der von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen ist, in der Absicht sich allein zu verpflichten, einen Wechsel mit der Firma unterzeichnet, so haftet die Gesellschaft⁴⁾ und nicht nur der Aussteller jedenfalls dem gutgläubigen Dritten, aber auch dem ersten Erwerber, sofern er nicht in mala fide ist.

Im engsten Zusammenhang hiermit steht die Frage, ob die beiden Präsumtionen des Art. 274 auf die Rechtsgeschäfte eines Socius einer offenen Handelsgesellschaft Anwendung finden. Dies zu leugnen ist unberechtigt, da jeder Socius Kaufmann und eine Ausnahme von dem Art. 274 nirgends statuiert ist, sondern ihm ganz allgemeine Geltung zukommt. Die Ausdehnung auf diese Gellschafter ist aber auch durchaus ungefährlich, jedenfalls rücksichtlich des ersten Satzes, wonach sämtliche Verträge eines Socius im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes der Gesellschaft gehörig gelten müssen; denn gegen diese einfache Präsumtion ist ja jeder Gegenbeweis zulässig. Ferner kommt man aber auch hinsichtlich der zweiten verstärkten Prä-

³⁾ Windscheid (6. Aufl.) § 175 S. 218.

⁴⁾ Vgl. Lastig bei Endemann S. 390.

sumtion bei der hier vertretenen Ansicht nicht, wie das R. O. H. G. annimmt, zu der falschen Konsequenz, alle Schuldscheine eines Socius, die er mit seinem Namen unterzeichnet, als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet ansehen zu müssen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil erklärt ist. Vielmehr ist gerade dadurch, daß er seinen Namen und nicht die Firma unterschreibt, hinreichend gekennzeichnet, daß er sich nicht als Gesellschafter, sondern als Einzelperson hat verpflichten wollen, und damit ist dem Erfordernis des Art. 274 Abs. 2 genügt, wonach aus dem Schuldschein selbst der Wille des Kontrahenten, keine Geschäftsverbindlichkeit einzugehen, hervorgehen muss.⁵⁾

Wiederholen wir also die Frage, welche Verpflichtungen Gesellschaftsschulden sind, so kommen wir zu dem recht unbefriedigenden Resultat, daß als Gesellschaftsschulden regelmäßig allein diejenigen Verpflichtungen zu gelten haben, für welche nach dem Willen der Kontrahenten die Gesellschaft haften soll; ob dieser Wille ausdrücklich erklärt ist oder aus den begleitenden Umständen sich ergibt, ist gleichgiltig. Ein begriffbestimmendes Merkmal ist damit allerdings nicht gegeben, aber es wird sich auch nicht finden lassen, so lange es lediglich dem Belieben der Socien überlassen ist, für ihre Privatgeschäfte die Mitgesellschafter haften zu lassen. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ist dagegen der Begriff ein durchaus feststehender: Gesellschaftsschulden sind dann nämlich allein diejenigen Verpflichtungen, welche im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft und mit Rücksicht auf denselben kontrahiert werden.

Im übrigen gilt hinsichtlich der Gesellschaftsschulden nicht viel Besonderes. Ihr Inhalt kann sein ein Thun oder Unterlassen oder Geben; sie werden begründet wie die Verpflichtungen jedes Rechtssubjekts. Merkwürdigerweise wird vielfach behauptet, daß es Deliktsschulden einer Han-

⁵⁾ Zu demselben Ergebnis kommt auch R. O. H. G. in U. v. 12. 9. 74. XIV. S. 284 und U. v. 22. 4. 75. XVI. S. 380, aber mit der unhaltbaren Begründung, daß ein Gesellschafter nur Kaufmann sei, soweit er für die Gesellschaft thätig ist.

delsgesellschaft nicht geben könne,⁶⁾ mit der Motivierung, daß durch das Delikt nur der Thäter verhaftet wird und Stellvertretung bei Delikten undenkbar sei. Dies alles ist unbestreitbar richtig, man übersieht aber dabei die eine Möglichkeit, daß die Socien insgesamt an der Begehung des Delikts beteiligt sein können; sie billigen beispielsweise Zolldefraudationen oder machen sich gemeinschaftlich einer Verletzung des Markenrechts schuldig. Warum man in diesen Fällen nicht Gesellschaftsschulden annehmen sollte, ist unerfindlich.⁷⁾

Abweichend vom gemeinen Recht ist die Bestimmung, daß jeder Gesellschafter durch seine Verträge sämtliche Socien verpflichtet, während er nach gemeinem Recht dies nur thut, wenn er sich in befugter Stellvertretung befindet. Die Abweichung besteht aber allein darin, daß das gemeine Recht einen besonderen, dahin zielenden Vertrag erfordert, während das Handelsgesetzbuch ihn präsumiert.

Bei der Handelsgesellschaft bedarf es daher gerade umgekehrt wie bei der gemeinrechtlichen Societät einer besonderen Abrede, um die Stellvertretungsbefugnis einzelner Socien auszuschließen. Damit aber diese Abrede Dritten entgegen gehalten werden kann, ist wie bei allen von Thöl so genannten befreienden Thatfachen Eintragung ins Handelsregister und Veröffentlichung erforderlich; andernfalls wirkt sie nur denjenigen gegenüber, denen sie erweislich bekannt ist. Ganz dasselbe gilt, wenn Kollektivvertretung angeordnet ist.⁸⁾ Anderweite Beschränkungen der Vertretungsbefugnis können die Gesellschafter zwar untereinander gültig verabreden, doch sind sie Dritten gegenüber wirkungslos,⁹⁾ vorausgesetzt natürlich, daß der Dritte seinerseits nicht

⁶⁾ Vgl. z. B. Behrend S. 519. Römer S. 154 und Renaud, Recht der Kommanditgesellschaft S. 351.

⁷⁾ So auch Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deut. Rechtsprechung S. 580 f.; vgl. Rg. U. v. 5. 2. 86. XV. S. 121 ff.

⁸⁾ Hgb. Art. 86 Z. 4 und 115.

⁹⁾ Hgb. Art. 116.

dolos handelt; sein bloßes Wissen begründet aber keinen Dolus.¹⁰⁾

Außer durch die Gesellschafter selbst kann die Gesellschaft wie jeder Einzelkaufmann auch durch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte verpflichtet werden.¹¹⁾ Juristisch stellt sich dann jeder Gesellschaftsbevollmächtigte dar als Vertreter sämtlicher Socien, auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen. Gegen diese Konstruktion polemisiert Lastig¹²⁾ wegen der „Abnormität des Satzes, daß es in der Hand jedes einzelnen Gesellschafters liegen solle, allen Mitgesellschaftern wider deren Willen Vertreter zu ernennen.“ Ist es aber schon an sich nicht erfindlich, warum es so abnorm ist, sich von jemandem einen Vertreter bestellen zu lassen, der das ganze Vermögen belasten kann, so räumt das Handelsgesetzbuch ausdrücklich dies Recht ein, indem es die geschäftsführenden Socien für berechtigt erklärt, ungeachtet des Widerspruchs der übrigen von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter alle Handlungen vorzunehmen, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt;¹³⁾ daß hierhin auch die Anstellung von Handlungsbevollmächtigten und Prokuristen gehört, läßt sich kaum bezweifeln.¹⁴⁾ Eine wirksame Schranke liegt aber in dem Rechte jedes Socius gerens, nach Belieben die Prokura aufzuheben.¹⁵⁾

Übrigens kommt auch Lastig im Resultate dazu, aus den Rechtsgeschäften eines Prokuristen jeden Gesellschafter haften zu lassen, freilich auf Umwegen und unter Aufwendung eines großen Apparates von Rechtssätzen, eine Folge seiner eigentümlichen Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft.

¹⁰⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 16. 3. 72. V. S. 295; U. v. 14. 5. 72. VI. S. 131; U. v. 1. 11. 72. VII. S. 403; U. v. 22. 4. 73. IX. S. 429; Rg. U. v. 16. 9. 82. IX. S. 148.

¹¹⁾ Vgl. Behrend S. 512 f. und Hgb. Art. 118 verb. 104.

¹²⁾ Lastig bei Endemann S. 386.

¹³⁾ Hgb. Art. 99.

¹⁴⁾ Vgl. auch Hgb. Art. 104 und 118.

¹⁵⁾ Hgb. Art. 104, Abs. 2 und 118.

Gläubiger der Handelsgesellschaft kann jede physische wie jede juristische Person sein, auch ein Gesellschafter selbst. Der Unterschied besteht allein darin, daß allen übrigen Gläubigern sämtliche Socien als Korrealschuldner gegenüberstehen, einem Gesellschafter dagegen nur seine Mitgesellschafter.¹⁶⁾ Im übrigen ist oben bereits versucht worden, den Nachweis zu erbringen, daß diese Forderungen der Gesellschafter obligatorische Beziehungen der Gesellschafter untereinander sind, daß der forderungsberechtigte Gesellschafter zugleich teilweise Schuldner ist, mithin dieser Teil der Obligation durch Confusio untergeht und daß nur aus gesellschaftlichen Gründen der Ausgleich sich im Geschäftsanteil des Gesellschafter-Gläubigers vollzieht. Es ist ferner erörtert worden, aus welchen Gründen der Gesellschafter lediglich aus dem Fonds befriedigt wird.

Hinzuzufügen ist nur noch eins. Häufig wird unterschieden, ob der Gesellschafter aus gesellschaftlichen Gründen Ansprüche hat oder aus anderweiten Beziehungen, z. B. er liefert aus der eigenen Fabrik der Gesellschaft Waren. Im letzteren Fall nun soll er der Gesellschaft wie ein Extraneus gegenüberstehen und die einzelnen Socien aus Art. 112 Hgb. belangen können. Diese Unterscheidung ist unberechtigt. Die Abrede, daß der Gesellschaftsfonds zunächst zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verwendet werden solle, und der Satz, daß kein Gesellschafter gezwungen werden kann, seine Einlage zu erhöhen, behalten unter den Gesellschaftern immer ihre Wirkung. Irgend ein Grund für die Annahme, daß diese Sätze cessieren sollen, läßt sich nicht beibringen. Es dürfte übrigens auch praktisch in vielen Fällen sehr schwierig zu unterscheiden sein, ob der Gesellschafter als Extraneus der Gesellschaft gegenübersteht oder nicht.

Gesellschaftsschulden können nicht nur während des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft kontrahiert werden, sondern auch noch nach der Auflösung, wenn sich nämlich ein Liquidationsverfahren anschließt. Mit andern Worten,

¹⁶⁾ Vgl. dazu die folgenden §§.

es gilt für die von den Liquidatoren für die Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen dasselbe wie für die während des Bestehens übernommenen Verbindlichkeiten, sofern erstere überhaupt noch für die gewesenen Socien obligierend sind.¹⁷⁾

Kapitel III.

§ 6.

Die Haftung des Gesellschaftsvermögens.

Für die gesamten Gesellschaftsschulden haftet das Gesellschaftsvermögen: dies ist einer der wenigen unbestrittenen Sätze auf unserm ganzen Gebiete. Freilich ist es aber auch hier äußerst kontrovers, wie juristisch diese Haftung zu konstruieren ist.

Für diese unsere Frage interessiert es nicht, was das Gesellschaftsvermögen ist, wie es entsteht u. s. w. Es genügt hier wenn wir wiederholen: das Gesellschaftsvermögen ist nicht das Vermögen einer juristischen Person, es steht vielmehr immer im Miteigentum der Socien; das Miteigentumsverhältnis ist nur scheinbar „nicht das rein römische, sondern ein vielfach modifiziertes“; denn alle sogenannten Modifikationen sind einzig und allein Konsequenzen verschiedener, mit dem Kondominium sich kreuzender Rechtsbeziehungen der Gesellschafter. Sie verändern daher die Natur des Miteigentums nicht im geringsten, sondern hemmen nur einzelne den Miteigentümern sonst zustehende Befugnisse. Es sind dies ganz ähnliche Wirkungen, wie wenn z. B. der eine Miteigentümer seinen ideellen Anteil dem andern verpfändet oder ihm einen Nießbrauch einräumt; auch hier wird die Ausübung des Miteigentumsrechts durch eine andere es kreuzende Rechtsbeziehung gehindert.

Giebt man aber das Miteigentum zu, so kann über die juristische Natur dieser Haftung kein Zweifel mehr bestehen. Es sind die Gesellschafter, die mit ihrem gesellschaftlichen

¹⁷⁾ Hgb. Art. 136. 137. 144.

Vermögen für die in Rücksicht auf ihre Gemeinschaft kontrahierten Schulden eintreten müssen.

Zu dem gleichen Resultate kommt auch Römer¹⁾ von einem andern Gesichtspunkt aus, indem er nicht das Haftungsobjekt, sondern die haftenden Personen betrachtet.

Er sagt:

„Schuldner in der Gesellschaftsschuld ist, wenn man die juristische Persönlichkeit annimmt, die juristische Person, wenn nicht sind Schuldner sämtliche Gesellschafter.“

Man hat hiergegen eingewendet,²⁾ daß bei dieser Alternative dem Wesen der Gesamtverbindlichkeit nicht Rechnung getragen ist. Aber schon dadurch, daß man von „Gesamtverbindlichkeiten“ spricht, giebt man zu, daß in allen diesen Fällen eine Mehrheit von Verpflichteten vorhanden ist; im übrigen kann es hier nicht unsere Aufgabe sein, die Unmöglichkeit eines Zwischengliedes zwischen juristischer Person und Societät nachzuweisen.

Eine bloße Folge der Ansicht aber, daß die Gesellschafter es sind, die im Gesellschaftsvermögen in Anspruch genommen werden, ist, daß wir es bei der Haftung des Gesellschaftsvermögens mit gar keiner besondern Haftung für die Gesellschaftsschulden zu thun haben; denn es ist undenkbar, daß ein Gesellschafter erstens mit seinem Geschäftsanteil und zweitens mit seinem sonstigen Vermögen hafte, wie wenn er in zwei Wesen gespalten wäre, die nun korrealiter neben einander haften könnten.³⁾ ⁴⁾ Vielmehr haften für die Gesellschaftsschulden allein die Gesellschafter und zwar mit ihrem gesamten Vermögen, von dem der Gesellschaftsfonds nur ein Bestandteil ist. Andernfalls könnte man mit demselben Rechte sagen, daß mehrere Personen, die aus einer für ein gemeinschaftliches Grundstück kontrahierten Schuld

¹⁾ Römer a. a. O. S. 155.

²⁾ Vgl. z. B. Behrend a. a. O. S. 517.

³⁾ Vgl. auch den folgenden §.

⁴⁾ Daher ist auch eine Klagenkumulation, wie die herrschende Praxis sie zuläßt, gegen die Gesellschaft und die einzelnen Socien unlogisch und inkorrekt.

als Korrealschuldner verpflichtet sind, erstens als Gesamtheit mit dem Grundstück und zweitens als einzelne mit ihrem sonstigen Vermögen haften. Ebenso wie in diesem Falle jedermann sagen wird, daß die mehreren Grundstückseigentümer mit ihrem ganzen Vermögen haften, und daß es gleichgiltig ist, mit Rücksicht auf welches Vermögensstück die Verpflichtung übernommen ist, ebenso gleichgiltig ist es in dieser Hinsicht wenigstens, daß mit Rücksicht auf das Gesellschaftsvermögen kontrahiert ist. In der That konstruiert auch heute wenigstens bei dem Einzelkaufmann niemand mehr eine derartige Doppelhaftung heraus, obwohl auch hier, ganz wie bei der Gesellschaft, mit Rücksicht auf das Geschäftsvermögen kontrahiert wird.

Wenn aber noch immer fast sämtliche Schriftsteller ⁵⁾ von einer besondern Haftung des Gesellschaftsvermögens sprechen, so ist es der Einfluß des Gedankens, daß die Sonderung des Gesellschaftsvermögens im Interesse der Gesellschaftsgläubiger geschieht, und im engen Zusammenhang damit, daß man die Gesellschaftsschulden in deutlichen Gegensatz zu den Privatschulden der Gesellschafter setzen will, denen das Gesellschaftsvermögen erst in zweiter Reihe haftet.

Wie so häufig, hat man auch hier Wirkung und Ursache verwechselt und erstere für letztere genommen. Daraus, daß das Gesellschaftsvermögen zunächst den Gesellschaftsgläubigern haftet, ist niemand zu schließen berechtigt, daß es um dieser Haftung willen geschaffen sei. In der That ⁶⁾ ist auch der Fonds allein im Interesse der Gesellschafter begründet, einmal, damit es nicht vom guten Willen der Socien abhängt, ob in jedem Augenblick die nötigen Mittel für den Geschäftsbetrieb vorhanden sind, sodann aber, damit nicht ein Gesellschafter allein gezwungen werden kann, die gesamten Schulden zu decken, während ihm lediglich ein Regreß gegen die Mitgesellschafter nach Auflösung der Ge-

⁵⁾ Nur Römer a. a. O. und Wach im Handbuch des Zivilprozeßrechts S. 521 ff. und Gutachten des XIX. Juristentages Bd. 2 teilen diese Ansicht nicht.

⁶⁾ Vgl. oben § 3, S. 24 f.

sellschaft bleibt. Um diesen Unzuträglichkeiten zu entgehen, wird ein Fonds geschaffen mit der Absicht, daraus die gemeinschaftlichen Gläubiger zu befriedigen; gleichzeitig räumt jeder Socius den übrigen an seiner Quote ein dahin zielendes dingliches Recht ein.

Von diesem Standpunkt aus erklären sich zwanglos die beiden im ersten Augenblick so auffälligen Thatsachen: der Privatgläubiger kann nur den Anteil seines Schuldners am Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen nach Abzug der auf seinen Teil fallenden Schulden, weil eben das den Mitgesellschaftern eingeräumte Recht ein dingliches ist und der Gläubiger nicht mehr Rechte geltend machen kann als sein Schuldner. Der Gesellschaftsgläubiger dagegen kann sich an das Gesellschaftsvermögen halten, weil ja gerade dahin das Recht der Socien zielt, ihn aus den gemeinschaftlichen Mitteln zu befriedigen. Wenn also die Gesellschaftsgläubiger den Fonds in Anspruch nehmen, so folgen sie damit lediglich dem allgemeinen Grundsatz, daß alle Vermögenswerte der Schuldner den Gläubigern haften; den übrigen Gläubigern ist dagegen nur durch Einräumung eines dinglichen Rechts an Dritte ein Haftungsobjekt entzogen.

Faßt man aber die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen als ein Recht der Gläubiger auf, so muß man sich in unlösbare Widersprüche verwickeln. Denn ist dies Recht ein obligatorisches, so ließe sich nicht erklären, weshalb der Fonds dem Zugriffe der Privatgläubiger entzogen ist. Sollte aber dies Recht ein dingliches sein, so wäre es unmöglich, daß auch Privatgläubiger sogar gegen den Willen der Gesellschaftsgläubiger aus dem Fonds befriedigt werden könnten, oder daß das sogenannte Recht durch die jederzeit freistehende Auflösung des Fonds aufgehoben würde.

Mit Unrecht spricht man also von einer besonderen Haftung des Gesellschaftsvermögens und außerdem von einer Haftung der einzelnen Gesellschafter. Es giebt vielmehr einzig und allein eine Haftung der Socien mit ihrem ganzen Vermögen, von dem das Gesellschaftsvermögen ein bloßer Teil ist. Dies ist auch die Auffassung des Handelsgesetzbuchs, das nirgends eine Haftung des Gesellschaftsvermögens

erwähnt, sondern allein die der Gesellschafter kennt.⁷⁾ Dagegen könnte man vielleicht einwenden, daß das Handelsgesetzbuch indirekt wenigstens die besondere Haftung anerkennt durch die Zulassung des gesonderten Konkurses.⁸⁾ Aber dieser gesonderte Konkurs ist eine bloße Folge der gesellschaftlichen Rechte an dem Fonds; die Gesellschafter dürfen kraft des ihnen zustehenden Rechts ihn zunächst zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verwenden, und dieses Recht können sie im Falle der Überschuldung nicht verlieren. Die Unmöglichkeit aber, nach Eröffnung des Konkurses noch beliebig über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen, erklärt sich aus dem allgemeinen Dispositionsverbot eines Gemeinschuldners.

Bestehen bleibt dann allerdings eine Schwierigkeit, daß nämlich auch ein Gesellschaftsgläubiger berechtigt ist, den Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen zu stellen,⁹⁾ wodurch ein Recht auf Befriedigung aus demselben eingeräumt wird. Diese scheinbare Abweichung findet ihre Erklärung aus dem Konkursrecht, das prinzipiell überall außer dem Gemeinschuldner auch jedem Konkursgläubiger das Recht giebt, die Konkurseröffnung zu beantragen.¹⁰⁾ Der Hinweis hierauf ist also auch nicht imstande, die Behauptung zu entkräften, daß es eine besondere Haftung des Gesellschaftsvermögens nicht giebt.

⁷⁾ Über die scheinbare Ausnahme des Art. 147, vgl. unten § 11.

⁸⁾ Hgb. Art. 122 und C. C. O. §§ 198—201.

⁹⁾ C. C. O. § 199.

¹⁰⁾ Ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Konstruktion des Gesellschaftskonkurses aus dem Verhältnis der Gesellschafter zu einander findet sich außer in den Motiven zu dem Entwurf eines deutschen Hgb. S. 116 zuerst bei Brinckmann S. 202 Anm. 9: „das Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen kann gewissermaßen auch aufgefaßt werden als ein Recht der einzelnen Gesellschafter“. Neuerdings hat Laband in der Z. XXXI. S. 19 f. den Sonderkonkurs aus dem Verhältnis der Gesellschafter zu einander hergeleitet und ist damit insbesondere bei Behrend S. 595 auf Widerspruch gestoßen. Die Einwendungen Behrends sind berechtigt, so lange man, wie Laband es will, nur einen obligatorischen Anspruch der Gesellschafter, den Fonds zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu verwenden anerkennt; sie verschwinden dagegen bei Annahme eines dahin zielenden dinglichen Rechts.

Kapitel IV.

Die Haftung der einzelnen Gesellschafter.

§ 7.

Die Haftung während des Bestehens der Gesellschaft.

Sieht man in der offenen Handelsgesellschaft eine Societät, so folgt die Verhaftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft unmittelbar aus dieser ihrer juristischen Natur. Die Geschäfte der Handelsgesellschaft können dann nur die Geschäfte der Gesellschafter sein, weil ein andres Rechtssubjekt gar nicht vorhanden ist. Aber auch nach der Gemeinderschaftstheorie „enthält die Gesellschaftsschuld neben der Gesamtschuld notwendig und begriffsmäßig zugleich eine Sonderschuld. Denn eine solche entspringt ihr von Rechtswegen kraft der durch Vertrag schlechthin unabänderlichen Sonderhaft.“¹⁾ Irgend eine Begründung für die Sonderhaft ist damit nicht gegeben; vielmehr beruht der ganze Satz auf einer *petitio principii*, da die Sonderhaft die Sonderschuld zur Voraussetzung hat. Vermag aber diese Erscheinung vom Standpunkte der Gierkeschen Theorie aus nicht erklärt zu werden, so haben wir damit einen neuen Belag für die Unhaltbarkeit der ganzen Theorie. Die Unmöglichkeit, die Haftung der Socien aus dem Wesen der Gemeinderschaft herzuleiten, giebt Behrend²⁾ zu, der „den Rechtsgrund der Haftung in dem Bestehen der offenen Handelsgesellschaft und der hieran durch das Gesetz geknüpften Folge sieht.“ Dies heißt doch wohl, daß ohne die gesetzliche Bestimmung des Art. 112 die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden nicht haften würden, sie also für fremde Schulden, d. h. für die Schulden eines andern Rechtssubjektes verbindlich sind; damit ist aber die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft anerkannt und gleichzeitig der Theorie von der gesamten Hand das Verdammungsurteil gesprochen.

¹⁾ Gierke, Die Genossenschaftstheorie u. die deut. Rechtssprechung S. 555.

²⁾ Behrend S. 518.

Die Vertreter der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft können natürlich die Haftung nur aus der besonderen Bestimmung des Handelsgesetzbuchs erklären; daß diese dem Fundamentalsatze:³⁾

„si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent“

geradenwegs zuwiderläuft, wird entweder gar nicht beachtet oder findet wie bei Eccius⁴⁾ nur eine sehr gezwungene Erklärung.

Vom Standpunkt der Societät aus hat man in den Socien die Kontrahenten zu sehen; als solche haften sie für ihre Schulden und zwar nach allgemeinen Grundsätzen mit ihrem gesamten Vermögen. Dies letztere ausdrücklich hervorzuheben, wie es Art. 112 thut, ist daher nicht durchaus erforderlich und wohl nur im Interesse der größeren Deutlichkeit geschehen, um das für den Laien faßlichste und praktisch wichtigste Unterscheidungsmerkmal vom Kommanditisten und Aktionär hervorzuheben.

Der Hinweis auf die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft reicht aber nicht aus, um den Umfang der Haftung der Gesellschafter gemäß dem Handelsgesetzbuch zu erklären. Die Anwendung der rein römischen Grundsätze würde dazu führen, daß allein der kontrahierende Gesellschafter haften würde; kontrahieren mehrere Gesellschafter, so haften sie nach Gesellschaftsanteilen und ebenso, wenn ein Gesellschafter oder ein Dritter in befugter Stellvertretung der Gesamtheit handelt.⁵⁾

Der Art. 112 Hgb. schreibt dagegen vor, daß alle Gesellschafter und zwar solidarisch haften; mit andern Worten jeder Socius steht für jede Gesellschaftsschuld mit seinem ganzen Vermögen ein, ohne daß er die exceptio divisionis hätte.

Wie sich diese Haftung erklärt, darüber herrscht ein alter Streit. Eine weit verbreitete Ansicht will sie aus dem

³⁾ L. 7 § 1 D. quod cui univ. 3, 4.

⁴⁾ Eccius Z. XXXII. S. 9 f.

⁵⁾ Vgl. Windscheid II. S. 565 f.; anders die herrschende Ansicht.

Sätze herleiten, daß aus den Rechtsgeschäften eines Institor die mehreren Geschäftsherrn solidarisch haften. Daß jeder Gesellschafter, der von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen ist, Stellvertreter aller übrigen Socien ist, läßt sich meines Erachtens kaum bezweifeln.⁶⁾ Nicht allein teilt das Handelsgesetzbuch selbst diese Auffassung, indem es allerorten von der „Vertretung“ spricht,⁷⁾ es entwickelt sogar in Art. 114 die hauptsächlichsten Rechtssätze von der Stellvertretung in exteuso. Inwiefern der letzte Satz dieses Artikels:

„Es ist gleichgiltig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.“

dem zuwiderlaufen soll, wie Lastig annimmt, ist unerfindlich; denn es ist durchaus unnötig, daß der Name des Vertretenen beim Abschluß des Rechtsgeschäfts ausdrücklich genannt ist.⁸⁾ Wollte man die Stellvertretung nicht annehmen, so ließe sich eine ganze Reihe von Erscheinungen nicht erklären, so insbesondere nicht die Berechtigung eines jeden Gesellschafters über den Fonds zu verfügen. Dazu ist er nicht nur, wie vielfach behauptet wird, befugt, wenn er im Namen oder erkennbar für die Gesellschaft kontrahiert, sondern er kann über jedes Vermögensstück auch im eigenen Namen und eigenen Interesse verfügen. Seine Handlungen sind immer voll rechtswirksam, allerdings wird er dadurch regelmäßig seinen Mitgesellschaftern verpflichtet werden.

Ein andere Frage ist es aber, ob man den geschäftsführenden Gesellschafter als Institor bezeichnen kann. Zwar ist der von Renaud⁹⁾ angeführte Gegengrund, daß der Socius gerens immer Dominus bleibe und der Dominus nicht gleichzeitig Institor sein könne, durchaus nicht stichhaltig; denn auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene

⁶⁾ Anderer Ansicht Lastig bei Endemann I. S. 330.

⁷⁾ Z. B. Art. 86—88. 114—118.

⁸⁾ Vgl. Windscheid I. S. 206.

⁹⁾ Renaud: Recht der Kommanditgesellschaft S. 396.

Gesellschafter bleibt Dominus des Geschäfts und könnte trotzdem ebenso gut wie die Stelle eines Prokuristen, die eines Institor versehen. Aber das ganze Institut dürfte heut kaum mehr praktisch sein: es hatte seine Berechtigung verloren, sobald die direkte Stellvertretung anerkannt war.

Mag jedoch der Socius auch Institor sein, die Solidarhaft kann man daraus allein jedenfalls nicht herleiten; namentlich erklärt sich dann nicht die Solidarhaft bei außerkontraktlichen Obligationen, z. B. ein der Gesellschaft gehöriges Haus schädigt durch Einsturz das Nachbargrundstück, und ebensowenig in allen denjenigen Fällen, in denen die Gesellschafter gemeinschaftlich kontrahieren. Vermag aber eine Konstruktion nicht alle Erscheinungen zu erklären, so ist sie verfehlt.¹⁰⁾ Dagegen erklärt sich aus dem Stellvertretungsverhältnis allerdings die Thatsache, daß alle Gesellschafter aus den Kontrakten eines Socius haften; nur müßte hier nach allgemeinen Grundsätzen Ratenhaftung eintreten.

Andere¹¹⁾ wieder leiten die Solidarhaftung aus dem historischen Ursprung der Handelsgesellschaft her. Danach ist letztere hervorgegangen aus der Familiengemeinschaft. Da die einzelnen Familienglieder bei den noch ziemlich unentwickelten Rechtsverhältnissen kein gesondertes Vermögen haben, so haftet das gesamte Gut für die Schulden, die irgend ein Familienmitglied kontrahiert. Später werden dann Freunde in die Gemeinschaft aufgenommen; diese erhalten unter Anwendung bestimmter Formen die gleiche Stellung wie Familienmitglieder und haften dementsprechend mit ihrem gesamten Vermögen und solidarisch für die gemeinschaftlichen Schulden. Schließlich bedurfte es auch der Formalitäten nicht mehr, die bloße Gemeinschaft genügte, um die strenge Haftung zu begründen, mochte sie auch nur in einem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb be-

¹⁰⁾ Gegen diese Konstruktion auch Behrend S. 459 und die dort Citierten.¹

¹¹⁾ Vgl. insb. Lastig bei Endemann I. S. 329 f. und derselbe in Z. XXIV. S. 387 ff.

stehen. Die Richtigkeit dieser ganzen Entwicklung zugestanden, muß man doch einräumen, daß dies keine juristische Konstruktion, sondern die Darstellung der Entstehung eines Gewohnheitsrechts ist. Wenn aber Lastig auf Grund dieser Entwicklung schließt, daß die Gesellschafter, weil sie ebenso wie die Familienglieder haften, auch aus demselben Grunde solidarisch für die Schulden eintreten, nämlich wegen der gegenseitigen personenrechtlichen Haft, so ist diese Konstruktion durchaus verfehlt. Denn der Fortschritt bestand eben gerade darin, daß die gleiche Haftungsweise auf Personen ausgedehnt wurde, bei denen die personenrechtliche Haft nicht bestand. Übrigens widerspricht auch die Lastigsche Konstruktion gleichmäßig der Auffassung der Kaufleute wie der Praxis: danach besteht nicht allein eine Obligation des kontrahierenden Gesellschafters, welche dann auf die Mitgesellschafter erstreckt wird, sondern alle Socien gelten als Kontrahenten und haften unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft.

Die herrschende und wohl auch richtige Ansicht¹²⁾ erklärt sich die Solidarhaft vielmehr aus einem alten Gewohnheitsrecht, eine Auffassung, der wir schon in den *Rotae Genuae decisiones* begegnen. Freilich finden wir hier nur die Solidarhaft im Falle des gemeinschaftlichen Kontrahierens der Gesellschafter erwähnt;¹³⁾ aber dies hindert weder die Annahme, daß der andere Fall des Geschäftsabschlusses durch einen *Socius* zufällig oder weil unzweifelhaft uner-

¹²⁾ Auch das R. O. H. G. leitet die Solidarhaft aus einem bereits vor dem Handelsgesetzbuch geltenden, „aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft hervorgegangenen“ Handelsgewohnheitsrecht her. Vgl. U. v. 7. 11. 71. III. S. 415; U. v. 31. 1. 72. V. S. 85 u. Rg. U. v. 9. 7. 80. II. S. 51.

¹³⁾ *Rotae Genuae de mercatura et rebus ad eam pertinentibus decisiones*. Genuae 1582. (benutzt 3. Ausg. Frankfurt 1592). S. 271. 30, 5: fuit probatum de consuetudine et stylo mercatorio, quod quando duo expendunt nomen insimul, quilibet tenetur in solidum.

S. 336. 46, 4 i. f. u. 5 usu in civitate Genuae et quidem notorie receptum est, quod socii expendentes nomen insimul tenentur contrahentibus secum in solidum.

örtert geblieben ist, obwohl die Solidarhaft bestand, noch auch die Möglichkeit einer Weiterentwicklung des Gewohnheitsrechts. Für die erstere Annahme spricht aber die gleichzeitige Abhandlung von Straccha, der allerdings nur beschränkt solidarische Haftung annimmt.¹⁴⁾ Unentschieden bleibt aber bei dieser Herleitung aus einem alten Gewohnheitsrecht, ob es in der oben geschilderten Weise an das deutsche oder aber an das römische Recht anknüpfte; denn auch die Römer kannten schon Handelsgesellschaften mit solidarischer Haftung ihrer Mitglieder, nämlich die der *argentarii* und *publicani*.¹⁵⁾

Die Haftung der Socien wird gewöhnlich nicht nur als unbeschränkte und solidarische, sondern auch als primäre charakterisiert.¹⁶⁾ Man will damit sagen, daß ein Gesellschafter nicht das Recht hat, einen Gesellschaftsgläubiger zuerst auf das Gesellschaftsvermögen zu verweisen, oder daß keine Feststellung der Schuld gegenüber der Gesellschaft oder eine Zahlungsaufforderung etc. nötig sei, ehe der einzelne Socius belangt werden könne.

Steht man aber auf dem Standpunkt, daß es eine selbständige Haftung des Fonds überhaupt nicht giebt, so geht daraus unmittelbar hervor, daß von jedem einzelnen Socius sofort und ohne weiteres Leistung der ganzen Schuld verlangt werden kann. Jedoch auch wenn man eine besondere Gesamtverbindlichkeit annimmt, kann man zu keinem andern Resultate kommen; denn Art. 281 bestimmt, daß in allen Fällen, in welchen in dem Handelsgesetzbuch eine solidarische Verpflichtung auferlegt wird, einem Solidarschuldner die Einrede der Teilung oder Vorklage nicht zusteht.¹⁷⁾

¹⁴⁾ Straccha: *Tractatus de mercatura*. Venet. 1553 (benützt Ausgabe von 1575 Coloniae Agrippinae) de contractibus mercatorum 15 S. 159: socius obligari potest a consocio pro ea summa tantum, quam in societate habere compertum fuerit.

¹⁵⁾ Vgl. insbes. Rösler in Z. IV. S. 152 ff.

¹⁶⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 30. 10. 72 VII. S. 385 u. U. v. 22. 5. 75. XVII. S. 288.

¹⁷⁾ Die Subsidiarität nehmen an: Kuntze in Z. VI. S. 216. Bluntschli, *Handelsrecht* S. 400. Gareis, *Handelsrecht* S. 138. Dagegen sprechen

Dagegen wird von der herrschenden Ansicht die Haftung im Falle des Gesellschaftskonkurses für eine subsidiäre erklärt auf Grund des Art. 122, demzufolge der Gläubiger Befriedigung aus dem Privatvermögen nur wegen des Ausfalls suchen kann. Sieht man auch ganz von der durch die Konkursordnung herbeigeführten Änderung ab,¹⁸⁾ so wird doch durch diesen Artikel eine Bestimmung im Sinne der herrschenden Meinung nicht getroffen. Nicht die Haftung der Gesellschafter wird eine subsidiäre, sondern der Zugriff auf das Privatvermögen als ein besonderes Haftungsobjekt wird erst in zweiter Linie gestattet. Dieselbe Person kann eben nicht erstens als Gesellschafter in der Gesamtheit und zweitens als einzelner Gesellschafter verpflichtet sein, da sonst aus ein und demselben Verpflichtungsgrunde zwei Obligationen gegen dieselbe Person entstehen würden, was undenkbar ist. Sehr wohl ist es aber möglich — und das allein sagt Art. 122 Hgb. —, daß einem Gläubiger zunächst ein oder mehrere bestimmte Vermögensstücke haften und erst in zweiter Reihe das übrige Vermögen; man denke nur an den Fall, daß jemandem außer einer Generalhypothek noch ein Specialpfand bestellt ist. Man wird doch auch in diesem Falle nicht sagen wollen, daß der Verpfänder nur subsidiär obligiert sei.

Giebt es, wie hier angenommen ist, keine besondere Verbindlichkeit der Gesellschaft, so erübrigt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese zu der Sonderverpflichtung der Gesellschafter steht. Die Socien und die Gesellschaft können dann weder im Verhältnis von Korreal-schuldnern zu einander stehen,¹⁹⁾ noch sind die ersteren Bürgen für die Schuld der Gesellschaft.²⁰⁾ Insbesondere die letztere Annahme würde zu ganz falschen Resultaten führen, so müßte z. B. mit der Auflösung der Gesellschaft gleich-

sich aus insb. Behrend S. 518. Goldschmidt in Z. XXVII. S. 39. Lastig bei Endemann S. 396. Renaud, Recht der Kommanditges. S. 107. 399 f. Anschütz, Kom. I. S. 243. v. Hahn, Komment. S. 403.

¹⁸⁾ Vergl. unten § 10.

¹⁹⁾ So Behrend S. 521.

²⁰⁾ So Ladenburg im Archiv f. Wechselrecht X. S. 230.

zeitig die Verpflichtung der Socien aufhören, weil die Bürgschaftsschuld die Hauptschuld nicht überdauert.

Die Socien untereinander sind dagegen Gesamtschuldner;²¹⁾ da aber über dieses Verhältnis das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen enthält, so gilt Landesrecht, Zweifel kann demnach allein für das gemeine Recht herrschen, das eine zwiefache Art von Gesamtverbindlichkeiten kennt, Korreal- und Solidarobligationen. Da aber die Verpflichtung aller Socien nur durch eine Thatsache entsteht, nämlich das betreffende Rechtsgeschäft, so hat man es mit einer Korrealobligation zu thun.²²⁾

Die Socien sind also für jede Gesellschaftsschuld unmittelbar, unbeschränkt, solidarisch und korrealiter verhaftet.

Es ist selbstverständlich, daß der einzelne Socius durch Vertrag mit dem Gläubiger von dieser strengen Haftung befreit werden kann; es ist z. B. sehr wohl möglich, daß ein pactum de non petendo mit einem der Socien abgeschlossen wird. Dieser Vertrag kann sich aber nur auf die Befriedigung aus dem Sondervermögen beziehen; denn an seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen hat er den Mitsocien ein dingliches Recht eingeräumt, kraft dessen dieser sein Teil zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger mitverwendet werden soll, und dieses Recht kann er durch Vertrag mit einem Dritten seinen Mitgesellschaftern nicht entziehen.

Aus demselben Grunde ist es unmöglich, daß durch Vertrag der Gesellschafter untereinander die Haftung eines Gesellschafters ausgeschlossen oder modificiert werde mit Wirkung gegen Dritte.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann eben ohne Mitwirkung des Berechtigten über dessen Recht von den Verpflichteten nicht verfügt werden, und das Recht des Gesellschaftsgläubigers wie jedes Gläubigers von Korreal-

²¹⁾ Vgl. Römer: Abhandlungen S. 155 f.

²²⁾ So auch Römer S. 158. Behrend S. 521. v. Hahn S. 402. Windscheid II. S. 158. Renaud S. 396 ff. Unger in dem Jahrbuch für Dogmatik XXV. S. 256 f.

schuldnern ist es, seine Schuldner nach eigener Wahl alle oder einzelne zu belangen. Ein Vertrag der Gesellschafter also, daß ein Socius gar nicht oder nur bis zur Höhe seines Geschäftsanteils haften solle, hat, sofern dann überhaupt noch eine offene Handelsgesellschaft besteht, nur Wirkung im Verhältnis der Gesellschafter zu einander. Wird nämlich der betreffende Socius belangt, so hat er zwar die volle Schuld zu zahlen, erhält aber einen Regressanspruch gegen die Mitgesellschafter. Dem klagenden Gesellschaftsgläubiger kann also diese Abrede nicht entgegen gehalten werden; da dies aus allgemeinen Grundsätzen folgt, ist der dahin zielende Zusatz des Art. 112 Abs. 2 durchaus unnötig.

§ 8.

Die Haftung beim Wechsel der Gesellschafter.

Bisher war immer vorausgesetzt, daß ein Wechsel in dem Mitgliederbestande der Gesellschaft sich nicht vollzogen hat, daß weder ein Gesellschafter ausgeschieden noch ein neuer eingetreten ist. Beides kann aber geschehen, ohne daß die Gesellschaft dadurch aufgelöst wird, und es fragt sich, wie es mit der Haftung dieser Mitglieder steht.

Materiell rechtlich kann hinsichtlich beider Fälle ein Zweifel nicht bestehen, da das Handelsgesetzbuch teils ausdrücklich, teils implicite Bestimmungen enthält; desto mehr Streit herrscht über die theoretische Begründung.¹⁾

Durchaus selbstverständlich, wenn man die offene Handelsgesellschaft als Societät ansieht, und lediglich eine Folge dieser Annahme ist es, daß ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter für diejenigen Gesellschaftsschulden weiter haftet, die zur Zeit seiner Mitgliedschaft kontrahiert worden sind. Denn wenn die Gesellschaftsschulden die Schulden der einzelnen Socien sind, so ist für das Schuldverhältnis der Bestand der Gesellschaft einflußlos.

¹⁾ Vgl. hierzu insb. Goldschmidt in der Heidelb. krit. Zeitschrift IV. S. 175 ff. Auerbach, Das Gesellschaftswesen S. 66 ff. Regelsberger in Z. XIV. S. 1 ff. u. Simon in Z. XXIV S. 91 ff. u. die dort Citierten.

Es liegt hier wie bei allen Korrealobligationen: die Korreal-schuld bleibt bestehen, wenn auch daß die Korrealität veranlassende Rechtsverhältnis weggefallen ist. Auch nach der Auffassung des Handelsgesetzbuchs versteht es sich ohne weiteres von selbst, daß ein ausscheidendes Mitglied weiter verpflichtet bleibt; denn trotz seiner sonstigen Ausführlichkeit erscheint es ihm unnötig, dies besonders auszusprechen, vielmehr wird es nur in Art. 146 vorausgesetzt. Man kann übrigens aus diesem Umstande auch einen Rückschluß darauf machen, daß die Redaktoren den Gedanken, die offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person zu erklären, gänzlich aufgegeben und sich zu dem Societätscharakter bekannt haben. Denn ebenso selbstverständlich die fernere Haftung der ausgeschiedenen Socien vom Standpunkte der Societät aus ist, ebenso unerklärlich ist sie, wenn die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person ist; zum mindesten hätte dann das Gesetzbuch die unter der letzten Voraussetzung ganz abnorme Bestimmung ausdrücklich treffen müssen und nicht stillschweigend voraussetzen können.

Auch ihrem Umfange nach bleibt die Haftung des früheren Socius unverändert, d. h. er haftet primär, unbeschränkt und solidarisch und steht zu den übrigen Ausgeschiedenen wie den in der Gesellschaft Verbliebenen im Verhältnis eines Korrealschuldners.²⁾ In dieser Weise haftet er aber nicht allein für diejenigen Schulden, die zur Zeit seiner Mitgliedschaft eingegangen worden sind, sondern unter Umständen auch für erst später fällig werdende oder sogar entstandene Verbindlichkeiten. Hierhin gehören zunächst alle betagten und bedingten Ansprüche, die durch Eintritt des Termins oder der Bedingung erst nach dem Ausscheiden fällig werden, dann aber auch Forderungen, zu denen auch der Grund nicht einmal vor der Zeit seines Austritts gelegt zu sein braucht. Es ist nämlich sehr wohl denkbar, daß die sofortige Auseinandersetzung nicht thunlich

²⁾ Die einzige Modifikation tritt ein hinsichtlich der Verjährung. Vgl. alles Nähere darüber unten § 11.

ist,³⁾ und daß es einer ganzen Reihe neuer Geschäfte dazu bedarf, die sich als eine Folge des vorher bereits Geschehenen darstellen. An allen diesen Geschäften nimmt der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene teil; er wird aus ihnen berechtigt und verpflichtet in derselben Weise, wie ein in der Societät Stehender. Mit einem Worte, man muß rücksichtlich dieser Geschäfte das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft auch für den Ausgetretenen annehmen.⁴⁾

Juristisch erklärt sich seine Verpflichtung daraus, daß die übrigen Socien als seine gesetzlichen Vertreter thätig werden; alle Verfügungen und Vereinbarungen dieser sind für ihn bindend,⁵⁾ während er seinerseits keinerlei Dispositionsrecht, ja nicht einmal ein Widerspruchsrecht hat. Ob ihm ein Schadensersatzanspruch erwächst, ist quaestio facti.

Auch rücksichtlich des andern hier in Betracht kommenden Falles, daß ein neuer Socius in eine bereits bestehende offene Handelsgesellschaft eintritt, kann über die positive Rechtslage ein Zweifel nicht entstehen. Der eintretende Gesellschafter haftet dann gleich den andern Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Änderung erleiden oder nicht.⁶⁾

Es liegt zwar nicht im Rahmen dieser Arbeit, die lediglich das geltende Recht zur Darstellung bringen will, eine Kritik der Zweckmäßigkeit seiner Bestimmungen zu üben; trotzdem möge es gestattet sein, wenigstens auf eine Unzuträglichkeit hinzuweisen.

Nach der herrschenden Ansicht haftet bekanntlich jemand, der als Socius in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, nicht ohne weiteres für die vorher kontrahierten Geschäftsschulden. Unter dieser Voraussetzung hängt es in dem Falle, daß jemand Teilnehmer einer bisher aus zwei

³⁾ Hgb. Art. 130.

⁴⁾ Anders R. O. H. G. U. v. 6. 5. 73. X. S. 62.

⁵⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 3. 12. 74. XV. S. 204.

⁶⁾ Hgb. Art. 113.

Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft wird unter gleichzeitigem Ausscheiden eines der bisherigen Mitglieder, einzig und allein vom Zufall ab, ob der neu eintretende Gesellschafter für die früheren Schulden mithaftet oder nicht. Es kommt dann nämlich nur darauf an, mit wem er kontrahiert, ob mit beiden Socien — dann hat man anzunehmen, daß er an Stelle des ausscheidenden in die bestehende Societät eintritt, mithin für die Gesellschaftsschulden haftet —, oder aber mit dem zurückbleibenden Gesellschafter allein — dann muß dieser Vertrag als ein befristeter resp. bedingter angesehen werden, der erst nach dem Ausscheiden des andern Socius in Kraft tritt; der neue Gesellschafter tritt daher in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein und haftet nicht für die früher kontrahierten Verbindlichkeiten.⁷⁾

Ganz abgesehen davon, daß irgend ein Grund für eine derartige verschiedene Behandlung der beiden Fälle sich nicht erkennen läßt, so liegt außerdem darin eine große Gefahr für die Interessen der Gläubiger der ersten Gesellschaft. In dem zweiten Falle läuft nämlich auch gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter die kurze Verjährung, ohne daß jedoch, wie in dem ersten, ein anderer Schuldner eintritt, zu welcher letzterer Annahme häufig Veranlassung sein wird. Denn wer nicht sehr achtsam die Veröffentlichungen aus den Handelsregistern verfolgt, wird keine Kenntnis davon haben, in welcher Weise sich der Mitgliederwechsel vollzogen hat, und wird bei dem unveränderten Fortbestand der Firma auch geneigt sein, deren ununterbrochenes Fortbestehen als Gesellschaftsfirma anzunehmen. Ist aber allein das Ausscheiden eines Gesellschafters im Handelsregister vermerkt und der Eintritt des neuen nicht eingetragen, so ist überhaupt die Möglichkeit, sich die Kenntnis der bestehenden Verhältnisse zu verschaffen, nicht gegeben. Denn die Haftung resp. Nichthaftung eines neuen Socius tritt ganz unabhängig von dem etwaigen Eintrag in das Handelsregister ein; um die Mitverpflichtung zu begründen, genügt die bloße Teilnahme an

⁷⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 21. 10. 70. I. S. 65 f. u. U. v. 20. 9. 74. XIV. S. 151.

einer bestehenden Handelsgesellschaft, sofern sie nur irgendwie nach außen hin kenntlich wird. Mit einem Worte, es gilt dasselbe wie bei der Begründung einer offenen Handelsgesellschaft; insbesondere läßt sich das Erfordernis der Eintragung des neuen Gesellschafters ⁸⁾ weder aus dem Wortlaute des Gesetzes noch aus seinem Sinne herleiten.⁹⁾

Wie erklärt sich aber juristisch diese Haftung? Das Wesen der offenen Handelsgesellschaft bietet dafür keinen genügenden Grund, jedenfalls nicht, wenn man den Societätscharakter annimmt. Aber auch vom Standpunkt der besondern Persönlichkeit aus bleibt sie unerklärlich. Denn einmal besteht auch hier die unüberwindliche Klippe, daß ein Glied einer Korporation für die Schulden derselben ohne, besondern Grund verpflichtet sein soll. Sodann aber müßte falls die bloße Mitgliedschaft genügender Verpflichtungsgrund wäre, mit dem Wegfall dieses, d. h. mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft auch die Verpflichtung selbst erlöschen. Daß dem nicht so ist, zeigt zur Genüge die Verfehltheit dieser Begründung.

Vielmehr haben wir es auch hier mit einer infolge des Aufbaus des Handelsgesetzbuchs deplacierten Bestimmung zu thun, die gar nicht in das Kapitel von der offenen Handelsgesellschaft, sondern in die Lehre von der Schuldübernahme i. w. S. gehört. Dies zeigen auch die zahlreichen Arbeiten, welche die Frage nach der Haftung eines in ein bestehendes Geschäft Eintretenden für alle Fälle zusammen behandeln und damit die Frage als eine einheitliche kennzeichnen. In der That liegt auch juristisch das gleiche Verhältniß vor, wenn jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder wenn er in eine offene Handelsgesellschaft eintritt. Für den ersten Fall kann die Frage nach der Haftung des neu eintretenden Geschäftsherrn als gelöst bezeichnet werden.¹⁰⁾ Danach kann er von den Gläubigern nicht ohne weiteres

⁸⁾ Vgl. v. Hahn, Komment. zu Art. 113.

⁹⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 21. 6. 75. XVII. S. 354.

¹⁰⁾ Vgl. insbes. die angeführte Abhandlung von Simon und die dort Citirten, sowie Behrend S. 208 f.

belangt werden; auch ein Vertrag, durch den er sich dem bisherigen alleinigen Principal oder, wenn es sich um einen Kauf des Geschäfts handelt, dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, die Schulden zu bezahlen, vermag ihnen dies Recht nicht zu geben, sofern man nicht etwa einen Vertrag zu Gunsten Dritter annehmen wollte. Ein Forderungsrecht kann ihnen dann allein zustehen, wenn der Firmenerwerber sich ihnen besonders verbindlich gemacht hat. Mag also auch der Übernahmevertrag dahin gehen, daß das Geschäft mit allen Aktivis und Passivis übergehe, die Gläubiger können sich auf diesen Vertrag nicht berufen.¹¹⁾ Lediglich auf Grund eines besonderen Rechtsgeschäfts dürfen sie den Erwerber belangen, das seinerseits wieder dem Veräußerer keinerlei Rechte giebt. Würde also der Erwerber seinem Auktor gegenüber im Vertrage die Haftung für die früheren Schulden ausschließen, dessen Gläubigern aber erklären, haften zu wollen, so könnte der Veräußerer sich ebenso wenig hierauf berufen, wie im umgekehrten Fall die Gläubiger.

Es fragt sich nunmehr nur noch, wie das Recht der Gläubiger begründet wird und welcher Art von Rechtsgeschäften es zu unterstellen ist. Die Verpflichtung, die Schulden zu bezahlen, wird nun der herrschenden und auch richtigen Ansicht nach den Gläubigern gegenüber in giltiger Weise dadurch übernommen, daß der Erwerber in handelsüblicher Weise seinen Verpflichtungswillen erklärt. Dahin rechnet man insbesondere eine Veröffentlichung in Zeitungen oder die Mitteilung in Zirkularen für die Passiva aufkommen zu

¹¹⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 21. 10. 70. I. S. 67; U. v. 21. 2. 71 und 4. 71 II. S. 46 und 175; U. v. 4. 10. 71.; 14. 10. 71 und 21. 10. 71. III. S. 182, 333 und 361. U. v. 11. 11. und 5. 12. 71. IV. S. 5 und 199. U. v. 15. 11. 72 und 5. 1. 73. VIII. S. 38 und 383. U. v. 6. 10. 73. XI. S. 153. U. v. 17. 12. 73. XII. S. 159; U. v. 23. 1. 75. XVI. S. 272. U. v. 2. 12. 76. XXI. S. 233. Abweichend Rg. U. v. 9. 7. 80. II. S. 55, wonach in der Fortführung eines Geschäftes unter Übernahme der Aktiva und Passiva, die allein gegenüber dem bisherigen Inhaber erklärt ist, und in der Beibehaltung der Firma eine Offerte an die Gläubiger haften zu wollen liegen soll, eine Offerte, welche der Annahme nicht bedarf, weil sie nur Rechte für die Gläubiger begründen soll.

wollen, ferner eine dahinlautende Bekanntmachung im Geschäftslokal oder an der Börse; nach einer Entscheidung des Reichsgerichts¹²⁾ genügt sogar die Mitteilung zu den Handelsregisterakten mit dem Ersuchen um Veröffentlichung, auch wenn diese unterblieben ist. Man hat früher geglaubt, in diesen Erklärungen eine bloße Offerte sehen zu müssen, die bindende Kraft nur durch Annahme innerhalb der gesetzlichen Frist erhält und ohne diese wirkungslos bleibt. Die Praxis hat diese Ansicht verworfen und mit Recht. Denn es wäre eine offenbare Unbilligkeit, wenn der Firmenerwerber dem einen oder andern Gläubiger nicht haften sollte, weil einigen die so genannte Offerte nicht oder wenigstens nicht rechtzeitig in die Hände gekommen ist und ihnen daher die Möglichkeit gefehlt hat, die Annahme zu erklären. Wozu bedarf es ferner einer besonderen Annahmeerklärung, wo doch unzweifelhaft jeder die ihm gewährte Vergünstigung einen neuen Schuldner neben dem bisherigen zu erhalten annimmt? Endlich kann auch dem Firmenerwerber die Mitteilung, ob seine Offerte angenommen wird und von wem, ganz gleichgiltig sein, da er dadurch nicht einmal die Gewißheit erhält, welche Schulden von ihm eingetrieben werden. Will man aber aus allen diesen Gründen von keiner Offerte sprechen, so bleibt nichts übrig, als den Erwerber aus seiner bloßen Erklärung haften zu lassen.

Für das Recht der offenen Handelsgesellschaft ist das Handelsgesetzbuch nur einen Schritt weiter gegangen. Das Anerbieten, haften zu wollen, das zu machen in dem Belieben des Firmenerwerbers steht, präsümiert das Gesetz nicht nur bei dem Eintritt in eine Gesellschaft, sondern läßt sogar einen entgegenstehenden Vertrag der Socien gegen Dritte nicht wirken. Was die Redaktoren dazu bestimmt hat, den Gesellschaftsgläubigern einen neuen Schuldner zu geben, ist allerdings unerfindlich; die Thatsache aber, daß der neu eintretende Socius aus den früheren Schulden ganz wie ein Kontrahent haftet, steht durch Art. 113 unbestreitbar fest.

¹²⁾ Rg. U. v. 9. 1. 83. VIII. S. 64.

§ 9.

Die Kompensation.

Im unmittelbaren Zusammenhang mit der Schuldenhaftung steht die Frage nach der Kompensation; denn sie ist ein dem Schuldner zustehendes Recht, sich seiner Verbindlichkeiten in anderer Weise als durch Erfüllung zu entledigen. Wie weit das Kompensationsrecht seitens der Gesellschafter geltend gemacht werden kann, entscheidet sich lediglich nach allgemeinen Grundsätzen; wenn trotzdem hier auf die Frage eingegangen wird, so ist der über dieselbe herrschende, besonders lebhafte Streit entscheidend gewesen. Denn nicht allein führen hier die verschiedenen Theorien über die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft zu verschiedenen Resultaten; es kommt noch verwirrend dazu die dunkle Fassung der bezüglichen Bestimmung des Handelsgesetzbuchs.

Nach dem Art. 121 findet nämlich eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch teilweise statt. Auf den ersten Blick scheint hier überhaupt ein Verbot der Kompensation von Gesellschaftsforderungen und Privatforderungen ausgesprochen zu sein. Durchaus selbstverständlich ist dies in den Augen derer, welche der offenen Handelsgesellschaft besondere Persönlichkeit verleihen; denn Gläubiger in der Gesellschaftsforderung ist nach ihrer Auffassung die Gesellschaft, Schuldner in der Privatschuld der einzelne Gesellschafter, es fehlt mithin die zur Kompensation erforderliche Gegenseitigkeit. Da die Prämisse falsch ist, ist es natürlich auch die ganze Schlußfolgerung; übrigens sehen selbst die Verteidiger dieser Ansicht ihre unerträgliche Härte ein und mildern ihren Satz nach allen Seiten hin.¹⁾

Durchaus nicht so weit entfernt von dieser Begründung, ist die von Behrend²⁾ gegebene Erklärung des Kompensa-

¹⁾ Vgl. Dernburg, Kompensation (2. Aufl.) S. 446 ff. Anschütz, Komment. S. 261 ff. Gelpcke S. 33. — ²⁾ Behrend S. 532.

tionsverbotes. Auch nach Behrend ist der Grund die mangelnde Gegenseitigkeit, da die Gesellschaftsforderung weder ganz noch teilweise im Sonderrecht der Gesellschafter steht. Da es aber für die Gegenseitigkeit nur darauf ankommt, daß der Schuldner in der einen Obligation gleichzeitig aus einer andern Obligation Gläubiger seines Gläubigers ist, so liegt in dem Behrend'schen Satze, daß der Gesellschafter nicht Gläubiger in der Gesellschaftsforderung ist, er mithin nach allgemeinen Grundsätzen nicht mit Forderungen eines andern Rechtssubjekts kompensieren kann. Die ganze Behrend'sche Beweisführung ist ein Ausfluß der Gemeinderschaftstheorie; wer diese nicht anerkennt, wird auch ihren Konsequenzen nicht beipflichten können.

Der Art. 121 ist vielmehr wie die Art. 119—122 überhaupt allein aus dem Verhältnis der Gesellschafter zu einander zu erklären, aber nicht aus dem gewöhnlichen Societätsvertrag, sondern aus der damit verbundenen Abrede, durch die die Gesellschafter sich gegenseitig ein dingliches Recht an ihren Anteilen einräumen, kraft dessen das Gesellschaftsvermögen zunächst zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu verwenden ist.

Würde nun ein Privatgläubiger seine Forderung mit einer Gesellschaftsforderung kompensieren können, so würde er aus dem Fonds befriedigt und das Recht der Gesellschafter illusorisch werden. Wenn aber ihr Recht ein dingliches ist, so wirkt es naturgemäß auch den Privatgläubigern gegenüber, d. h. auf unsere Frage angewendet, die Kompensation ist unstatthaft. Der Art. 121 nun zieht allein diese Folgerung und zwar allein für die Privatgläubiger eines Gesellschafters. Daß diese nur gemeint sind, ergibt sich aus dem ganzen Zusammenhang, in dem von der Berechtigung der Privatgläubiger an dem Gesellschaftsfonds die Rede ist. Der Sinn des Art. 121 ist daher, daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht das Recht hat mit seiner Privatforderung seine Schuld an die Gesellschaft aufzurechnen. Nicht also die mangelnde Gegenseitigkeit hindert die Kompensation, sondern das entgegenstehende Recht der Gesellschafter. Man braucht auch nur den Fall umzudrehen, so

daß ein Gesellschafter gegen einen Gesellschaftsgläubiger eine Privatforderung einklagt, und sofort wird die Gegenseitigkeit fast allgemein angenommen und Kompensation zugelassen.²⁾ Wieso der Gesellschafter in dem einen Fall Subjekt der Obligation sein soll und in dem andern nicht, ist unerfindlich.

Ueber das Kompensationsrecht der Gesellschafter dagegen will der Art. 121 nichts bestimmen; es ist nur eine bedauerliche Folge der unklaren Fassung, wenn man aus dem Wortlaut herausliest, daß ein aus einer Privatschuld belangter Gesellschafter nicht mit einer Gesellschaftsforderung kompensieren kann. Denn ganz abgesehen davon, daß diese Bestimmung durchaus nicht im gesellschaftlichen Interesse läge und völlig zusammenhanglos wäre, läßt sich gar kein Grund einsehen, warum von den verschiedenen Fällen, in denen ein Kompensationsrecht der Gesellschafter in Frage kommt, nur der eine vom Gesetz entschieden sein sollte. Endlich aber widerspricht der Satz dem thatsächlichen Rechtszustand, da Praxis wie Theorie in vielen derartigen Fällen die Kompensation zuläßt, und doch hieße es das Recht brechen, wenn einem gesetzlichem Gebote so geradenwegs zuwidergehandelt würde. Man wird also wohl oder übel sich die restrictive Interpretation des Art. 121 gefallen lassen und ihn allein als ein Kompensationsverbot für die Privatgläubiger der Gesellschafter verstehen müssen.

Die Gesellschafter haben dagegen ein ausgedehntes Kompensationsrecht; doch läßt sich eine einheitliche Regel nicht geben. Es durchkreuzen sich hier gerade eine solche große Zahl von Rechtssätzen, daß es sich empfiehlt, die Fälle einzeln zu betrachten.

1. Ein einzelner Gesellschafter wird aus einer Gesellschaftsschuld belangt. Ganz unbestritten darf er mit einer Privatforderung gegen den Kläger kompensieren. Nicht dagegen darf er mit einer Forderung eines Mitgesellschafters aufrechnen; denn dazu sind Korrealschuldner nur berechtigt,

²⁾ So auch Goldschmidt in der Heid. Zeit. IV. S. 181. Renaud S. 439. Behrend S. 535. Dernburg S. 447. Anschütz S. 264 f.

sofern und soweit sie einen Regreßanspruch haben.³⁾ Ein Regreßanspruch der Gesellschafter untereinander ist aber während des Bestehens der Gesellschaft durch Art. 92 ausgeschlossen. Ist jedoch nach der Auflösung ein Regreß begründet, so ist dann die Kompensation statthaft.⁴⁾

Endlich darf jeder Gesellschafter eine Gegenforderung der Gesellschaft zur Kompensation stellen. Vielfach⁵⁾ wird dieses Recht nur dem geschäftsführenden Socius zugestanden und damit motiviert, daß er beliebig über Gesellschaftsvermögen verfügen darf. Andere,⁶⁾ die das Kompensationsrecht auch den von der Geschäftsführung Ausgeschlossenen geben, begründen es damit, daß jeder berechtigt sein muß, die dem Anspruch inhaerierenden Einreden geltend zu machen. Dem allen vermag ich nicht beizupflichten. Das Kompensationsrecht ergibt sich vielmehr aus dem Korreal-schuldnern zustehenden Rechte, soweit ihr Regreßanspruch reicht, mit Forderungen der Mitschuldner zu kompensieren; ein Regreßrecht ist aber, soweit der Fonds reicht, gegen die Mitgesellschafter begründet und erfaßt daher auch die dazu gehörigen Forderungen gegen den Kläger.

2. Die Gesellschaftsschuld kann ferner gegen die Gesellschaft eingeklagt werden. Wen man auch immer als Partei auf der Seite der Gesellschaft ansehen mag, immer kommt man dazu, die Aufrechnung mit Gesellschaftsforderungen zuzulassen. Von Wichtigkeit wird dagegen die Frage nach der Partei im Gesellschaftsprozesse, wenn es sich um die Zulässigkeit der Kompensation mit der Forderung eines Gesellschafters handelt. Sieht man die Gesellschaft als Partei an, so ist sie Korrealschuldnerin der Gesellschafter. Da sie gegen diese keinen Regreßanspruch hat, so ist die

³⁾ Vgl. Windscheid II. S. 354.

⁴⁾ Übereinstimmend Behrend S. 535. v. Hahn S. 434. Laband Z. XXXI. S. 18. Römer S. 176 f. Dernburg S. 448. Renaud S. 438 f.

⁵⁾ Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 181 f. Laband a. a. O. S. 17 und Anschütz S. 263 f.

⁶⁾ So Renaud S. 438. Dernburg S. 448. Behrend S. 534. — v. Hahn S. 433 leitet die Zulässigkeit der Compensation her aus dem dem einzelnen Socius gegen die Gesellschaft zustehenden Regreßrecht.

Geltendmachung der Privatforderung eines Gesellschafters überhaupt ausgeschlossen, sofern nicht eine Cession an die Gesellschaft stattgefunden hat.⁷⁾ Ist dagegen die Klage gegen die Gesellschaft nur eine Klage gegen die Gesamtheit der Gesellschafter, sind also letztere Streitgenossen in dem Gesellschaftsprozeß, so kann, da nirgends eine abweichende Bestimmung getroffen ist, nach allgemeinen Grundsätzen jeder Gesellschafter seine Privatforderung zur Kompensation stellen.⁸⁾ Es hat dies natürlich die Wirkung, daß alle Gesellschafter von ihrer Schuld befreit werden, weil jede Korrealschuld durch die Erfüllung seitens eines Schuldners auch für die andern getilgt wird. Will aber der forderungsberechtigte Gesellschafter die Kompensation nicht, so können die Mitschuldner seine Forderung nicht geltend machen, weil sie untereinander nicht regreßberechtigt sind.⁹⁾

3. Das Kompensationsrecht der Gesellschafter ist nicht allein dann von Wichtigkeit, wenn eine Gesellschaftsschuld eingeklagt wird, sondern auch, wenn sie aus Privatforderungen belangt werden; selbstverständlich kann jeder von ihnen dann mit seinen Gegenforderungen kompensieren. Von Interesse ist hier allein der Fall, daß der Gläubiger gleichzeitig Gesellschaftsschuldner ist. Dann ist der Beklagte, wenn man die offene Handelsgesellschaft als Societät betrachtet, gleichzeitig durch die Gesellschaftsforderung Gläubiger seines Gläubigers, natürlich nur entsprechend der Höhe eines Geschäftsanteils; es müßte also insoweit Kompensation zulässig sein. Da aber jeder Socius an seinem Anteil den Mitgesellschaftern ein dingliches Recht eingeräumt hat, kraft dessen dem Gesellschafter als solchem jede Disposition darüber genommen ist, so wird er dadurch an der Kompensation verhindert; es liegt hier ganz ähnlich, wie wenn jemand die kompensando geltend zu machende Gegenforderung verpfändet hat. Dieser an sich ganz klare Rechts-

⁷⁾ So Behrend S. 534. Dernburg S. 447. Renaud S. 437. Lastig S. 394. v. Hahn S. 432.

⁸⁾ Vgl. Laband Z. XXXI. S. 18 f.

⁹⁾ Vgl. Rg. U. v. 11. 10. 83. XI. S. 119.

zustand wird aber dadurch getrübt, daß kraft der gesetzlich präsumierten Stellvertretungsbefugnis allen oder wenigstens einem Teil der Socien die völlig unbeschränkbare Verfügung über den Fonds zusteht. Auf Grund dieses Rechtes kann jeder von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossene Gesellschafter nach Belieben Gesellschaftsforderungen auch zur Kompensation für seine Privatschulden verwenden; ein besonderes Recht der Gerenten hierin zu erblicken, ist unberechtigt. Diese Kompensation ist immer wirksam, auch wenn sie in der Absicht, die Gesellschaft zu schädigen, durchgeführt ist. Sie kann aber sehr wohl im Interesse der Gesellschaft liegen, nicht nur wenn der Gesellschaftsschuldner unsicher und von ihm Zahlung nicht zu erlangen ist, während der Gesellschafter sich in guter Vermögenslage befindet, sondern auch schon dadurch, dass die vielleicht notwendige Einklagung sich erübrigt.

Aus dem Verfügungsrecht der Gerenten erklärt sich in der ungezwungensten Weise ihr Kompensationsrecht, welches häufig auf rechten Umwegen konstruiert wurde. Insbesondere fällt damit die Notwendigkeit, es durch Cession der aufzurechnenden Forderung seitens des geschäftsführenden Socius an sich selbst zu begründen, sowie die Frage, ob eine derartige Cession noch während des Prozesses möglich ist.¹⁰⁾

§ 10.

Die Haftung im Gesellschaftskonkurs.

Zu verschiedenen Malen ergab sich im Laufe dieser Darstellung die Notwendigkeit, auf den Gesellschaftskonkurs einzugehen; es sollte gerade hierin sich der Vereinscharakter der offenen Handelsgesellschaft zeigen. Oben¹⁾ ist aber schon der Nachweis zu erbringen versucht, daß der gesonderte Konkurs nur eine Folge der inneren Beziehungen

¹⁰⁾ Vgl. Behrend S. 533 f. Laband in Z. XXXI. S. 13. Anschütz S. 263 f. Renaud S. 439 und Dernburg S. 446; anders Lastig S. 396 und Rg. U. v. 30. 6. 83. X. S. 49.

¹⁾ Vgl. oben § 6.

der Gesellschafter ist, sich als ein Recht dieser und nicht der Gesellschaftsgläubiger darstellt.

Jeder Gesellschafter hat ein Recht darauf, daß das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der gemeinschaftlichen Gläubiger verwendet wird, sei es, daß er aus der Gesellschaftskasse direkt zahlt oder aus ihr sich seine Auslagen ersetzen läßt. Dies Recht geht auch dann nicht verloren, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig und der Konkurs eröffnet wird; daß von diesem die Privatgläubiger der Socien ausgeschlossen werden, ist nur eine Folge hiervon, weil sie kraft des den Gesellschaftern zustehenden Rechtes nur einen Anspruch auf den Rest des Gesellschaftsvermögens nach Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger haben. Von einem Rechte dieser letzteren dagegen auf den gesonderten Konkurs kann man nicht sprechen, obwohl sie infolge des bereits erwähnten Prinzips der Konkursordnung die Konkursöffnung beantragen können; denn die Gesellschafter können jederzeit, solange nur nicht das Verfahren eingeleitet ist, den Gesellschaftsfonds aufteilen und damit den Sonderkonkurs unmöglich machen. Es läßt sich auch gar kein Grund einsehen, warum den Gläubigern einer Handelsgesellschaft ein so erheblicher Vorzug vor den übrigen Gläubigern eingeräumt werden sollte; daß er sich aus dem dinglichen Rechte, welches sich die Gesellschafter gegenseitig am Gesellschaftsvermögen einräumen, ergibt, ist die ebenso notwendige wie unangenehme Konsequenz, die das Handelsgesetzbuch dadurch zu mildern gesucht hat, daß es wenigstens den Landesgesetzen überließ, ein entsprechendes Recht den Privatgläubigern der Gesellschafter an deren Sondervermögen einzuräumen. Die Erkenntnis, daß durch eine derartige Bestimmung die Gesellschaftsgläubiger ganz unverhältnismäßig geschädigt würden, hat später die Aufhebung aller solcher Landesgesetze veranlaßt.²⁾

Wird also Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet,³⁾ so werden die Gesellschaftsgläubiger abgesondert

²⁾ § 4 Eg. 2 R. C. C. O.

³⁾ Vgl. dazu Hgb. Art. 122. R. C. C. O. § 198 ff. und Behrend S. 589 f.

aus dem Fonds befriedigt. Es hören aber dadurch die Gesellschafter nicht auf mit ihrem Privatvermögen zu haften; nur wird der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger durch den Konkurs beeinflußt. Solange das Handelsgesetzbuch hierfür die einzige reichsrechtliche Quelle war, konnte ein Zweifel nicht bestehen. Denn nach Art. 122 können die Gläubiger aus dem Privatvermögen nur wegen des Ausfalls Befriedigung suchen; dieser Ausfall ist aber die Differenz zwischen der Forderung und der Summe, die der Gläubiger im Konkurse darauf erhalten hat. Mit andern Worten, nach Eröffnung des Konkurses darf ein Gesellschaftsgläubiger seine Forderung gegen einen einzelnen Socius nicht mehr einklagen, weder ganz noch teilweise, es sei denn, er könne beweisen, daß er aus der Konkursmasse nichts oder welchen Teil der Forderung er erhalte. Höchstens könnte er, sofern die Voraussetzungen dazu gegeben sind, auf Feststellung des Anspruchs klagen; regelmäßig aber dürfte dies zwecklos sein, da die Feststellung im Konkurse die gleiche Wirkung hat, sofern nur nicht der Gemeinschuldner im Prüfungstermin ausdrücklich die Forderung bestritten hat.

Des ferneren folgt aus dem Art. 122, daß ein Gesellschaftsgläubiger, der im Gesellschaftskonkurse seine Forderung nicht angemeldet und nichts erhalten hat, trotzdem nur seinen Anspruch insoweit geltend machen kann, als er ihn bei Beteiligung am Konkurse gegen die einzelnen Socien hätte geltend machen können, also abzüglich des auf ihn in diesem Falle kommenden Betrages.⁴⁾ Andernfalls stände es ja im Belieben der Gläubiger den Art. 122 gegenstandslos zu machen. Um dies aber zu vermeiden, genügt es die Forderung eines solchen säumigen Gläubigers um den Betrag zu kürzen, den er im Konkurse erhalten hätte; ihn mit der ganzen Forderung zu präkludieren, liegt gar kein Grund vor.

Auf Grund dieser Bestimmungen hat man ziemlich allgemein⁵⁾ die Haftung der Socien im Konkurse für eine sub-

⁴⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 22. 5. 75. u. 17. 6. 75. XVII. S. 284 u. 351.

⁵⁾ Vgl. z. B. Behrend S. 590 u. die vielen dort citiert. Entsch. des R. O. H. G. u. Rg. u. Renaud S. 606.

sidiäre erklärt. Sehr mit Unrecht, denn nach der hier vertretenen Auffassung sind es immer die Gesellschafter, welche für die Gesellschaftsschulden haften, mögen auch die zur Bezahlung erforderlichen Mittel aus der Gesellschaftskasse entnommen werden. Dann ist es aber nicht logisch, daß dieselben Personen zugleich primär und subsidiär haften sollen. Vielmehr bestimmt der Art. 122 nur die Reihenfolge, in der die verschiedenen Haftungsobjekte derselben Schuldner zur Befriedigung seitens der Gläubiger herangezogen werden können resp. müssen.⁶⁾

Ganz unberechtigt ist es aber auch heute noch nach den durch die Reichskonkursordnung herbeigeführten Änderungen von einer subsidiären Haftung der Gesellschafter zu sprechen. Die C. C. O. bestimmt nämlich,⁷⁾ daß ein Gesellschaftsgläubiger, der auf Befriedigung im Gesellschaftskonkurse verzichtet, seine ganze Forderung im Sonderkonkurs eines Gesellschafters geltend machen und in diesem befriedigt werden kann. Damit ist für diesen Fall wenigstens als Ausfall im Sinne des Handelsgesetzbuchs bezeichnet jeder Betrag, der aus irgend einem Grunde im Gesellschaftskonkurse nicht an den Gläubiger gezahlt ist, gleichgiltig ob die Forderung angemeldet war oder nicht; in diesem Falle also steht es im Belieben des Gläubigers, den einzelnen Gesellschafter oder die Gesamtheit zu belangen. Fraglich ist es nur, ob er dasselbe Recht hat auch ohne den Sonderkonkurs. Man⁸⁾ hat es verneint, weil für diesen Fall der Art. 122 nicht abgeändert sei und der § 201 Cco. nur eine Ausnahmebestimmung enthalte. Trotzdem ist dem zuerst von Goldschmidt⁹⁾ aufgestellten Satze beizustimmen, daß § 201 Cco. analog auszudehnen ist; denn er enthält eine authentische Interpretation des Wortes „Ausfall“, dem je nach der Lage des Falls verschiedene Bedeutungen beizumessen widersinnig wäre.

⁶⁾ Vgl. oben § 7.

⁷⁾ R. C. C. O. § 201 in Verb. mit § 51.

⁸⁾ So Renaud: Recht der Kommanditges. S. 612. v. Hahn S. 465.

⁹⁾ Goldschmidt in Z. XXVII. S. 40 f. zustimmend Keyssner in Z. XXX. S. 541 ff. Behrend S. 592.

Demnach gestaltet sich das Recht der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurse folgendermaßen: Jeder Gläubiger kann nach freier Wahl sich an die einzelnen Gesellschafter halten oder seine Forderung im Konkurse anmelden. Im ersteren Fall aber muß er auf eine Beteiligung am Konkurse verzichten, während in dem zweiten er sich an die Socien nur wegen des Ausfalls halten kann, ganz wie vor der Konkursordnung. Findet jedoch gleichzeitig ein Konkurs über das Privatvermögen von Gesellschaftern statt, so kann er auch in diesem seine Forderung anmelden, und wird dann bei den Verteilungen der Anteil auf den vollen Betrag zurückbehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftskonkurse feststeht.¹⁰⁾

§ 11.

Die Haftung nach der Auflösung; die Verjährung.

Vom Standpunkte der Societät aus bedarf es keiner weiteren Begründung, daß die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft sowie der Austritt eines einzelnen Mitgliedes im Prinzipie auf die Haftung der Socien keinen Einfluß haben kann. Denn die Auflösung ist ein Vertrag der Gesellschafter untereinander, der, wie alle Verträge, unmittelbar gegen Dritte keine Wirkung hat. Die gewesenen Gesellschafter haften daher nach wie vor als Korrealschuldner, solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen; insbesondere kann auch, solange noch ein gemeinschaftlicher Fonds besteht, der Gläubiger daraus Befriedigung verlangen, während den Privatgläubigern ganz wie vor der Auflösung dies Recht nicht zusteht.

Trotzdem hat man sich entschlossen, einige Modifikationen im Interesse der gewesenen Socien eintreten zu lassen.

So wurde zunächst im Anschlusse an das französische Recht eine bedeutend verkürzte Verjährungszeit in das Handelsgesetzbuch aufgenommen. Es¹⁾ verjähren nämlich die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen

¹⁰⁾ § 201 Cco.

¹⁾ Hgb. Art. 146.

die Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft oder nach seinem Ausscheiden oder seiner Ausschließung aus derselben. So klar an sich dieser Artikel zu sein scheint, so herrscht doch Streit darüber, welche Verpflichtungen mit den „Ansprüchen gegen die Gesellschaft“ gemeint sind. Es hängt dies mit der nicht zu billigen Auffassung zusammen, daß es Schulden der Gesellschafter giebt, die ihren Grund zwar in dem Gesellschaftsverhältnis haben, aber doch keine Gesellschaftsschulden sind. Als Kriterium der Gesellschaftsschuld sieht man die Haftung der Socien aus Art. 112 an²⁾ und kommt so zu dem Satze, daß überall, wo die Solidarhaftung stattfindet, auch die kurze Verjährungszeit gilt. Dieses Resultat ist in dieser uneingeschränkten Fassung jedenfalls zu verwerfen; denn es ist im einzelnen Fall sehr wohl denkbar, daß die Solidarhaft durch besonderen Vertrag mit dem Gläubiger ausgeschlossen ist, und trotzdem verjährt hier unbedingt die Forderung in dem angegebenen Zeitraum.

Im einzelnen aber werden aus dem angegebenen Prinzip folgende Konsequenzen gezogen: Die Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrage sowie aus ihren Auslagen für die Gesellschaft unterliegen nicht der Verjährung des Art. 146, wohl aber ihre Ansprüche, soweit sie wie unbeteiligte Dritte mit der Gesellschaft kontrahiert haben,³⁾ ebenso auch die Forderung eines ausgeschiedenen Gesellschafters auf seinen Anteil;⁴⁾ löst sich dagegen die Gesellschaft ganz auf, so soll wiederum der Regreßforderung eines Gesellschafters gegen die andern die Verjährung nicht entgegen gehalten werden können.⁵⁾

Gerade diese beiden letzten Teile sind so recht geeignet, die Verfehltheit des ganzen Prinzips zu zeigen; denn beide Fälle liegen juristisch völlig gleich, da es sich in beiden um

²⁾ Vgl. Behrend S. 599.

³⁾ Vgl. Renaud S. 594. Lastig S. 426, auch Behrend S. 600 und R. O. H. G. U. v. 16. 12. 72. VIII. S. 247.

⁴⁾ Vgl. Behrend S. 600 und Rg. U. v. 4. 2. 82. VII. S. 93.

⁵⁾ Vgl. Behrend l. c. und die obigen Entscheidungen.

die Auseinandersetzung infolge der Gesellschaftsauflösung handelt; und doch sollen die Forderungen in verschiedenen Zeiten verjähren. Würde sich also der Fall ereignen, daß aus einer Handelsgesellschaft, die aus A, B und C besteht, zunächst A ausscheidet und unmittelbar darauf B und C die Auflösung beschließen, so müßte nach der herrschenden Ansicht die Forderung des A gegen B und C in 5 Jahren, die Forderungen aber des B und C untereinander in dem gewöhnlichen Zeitraum verjähren.

Meines Erachtens kommt es bei der Frage nach der Verjährung gar nicht darauf an, ob die Gesellschafter für die konkrete Schuld solidarisch haften oder nicht, sondern es ist einzig und allein entscheidend, ob die Haftung ihren Grund in der Gesellschafterstellung hat. Überall, wo dies der Fall ist, ist „ein Anspruch gegen die Gesellschaft“ d. h. gegen sämtliche Gesellschafter kraft ihrer Mitgliedschaft vorhanden; dabei verschlägt es nichts, daß unter Umständen einer oder mehrere von der Haftung entbunden sind, sei es durch Specialvertrag mit dem Gläubiger, sei es weil sie selbst Gläubiger sind: in allen diesen Fällen greift daher die kurze Verjährungsfrist platz. Daraus folgt auch, daß Schulden, die erst während der Liquidation kontrahiert werden, der fünfjährigen Verjährung unterliegen.⁶⁾ Ferner ist auch in allen oben angeführten Fällen gleichmäßig der Art. 146 anzuwenden, weil es sich immer um Ansprüche aus gesellschaftlichen Beziehungen handelt, mögen Dritte oder Gesellschafter selbst die Gläubiger sein.

Nur für einen Fall statuirt das Handelsgesetzbuch⁷⁾ selbst im Interesse der Gläubiger eine Ausnahme. Ist nämlich noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die fünfjährige Verjährung nicht entgegengehalten werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen sucht. Man könnte hierin vielleicht eine Bestätigung der oben verworfenen Ansicht sehen, daß es eine besondere Haftung des Gesellschaftsvermögens giebt.

⁶⁾ Anders Lastig S. 426.

⁷⁾ Hgb. Art. 147.

Daß dem nicht so ist, erhellt daraus, daß es den Gesellschaftern jederzeit freisteht, den noch vorhandenen Fonds aufzuteilen und damit die dem Gläubiger gewährte Vergünstigung zu beseitigen.⁸⁾ Das Verbot des Art. 147 ist eben nichts weiter, als die im Gesetz ausgesprochene Billigung der präsuntiven Absicht der Gesellschafter bei dem Bestehenlassen eines Fonds, nämlich den Gesellschaftsgläubigern, die sich aus irgend einem Grunde nicht rechtzeitig gemeldet haben, noch Gelegenheit zu geben, ihre Befriedigung zu erreichen. Am häufigsten wird übrigens dieser Artikel zur Anwendung kommen, wenn eine Liquidation der Gesellschaft erfolgt und diese länger als 5 Jahre dauert; war jedoch inzwischen die Verjährung auch nach bürgerlichem Recht vollendet, so können sich die betreffenden Gesellschaftsgläubiger nicht auf Art 147 berufen.

Da die kurze Verjährungsfrist im Interesse der Gesellschafter eingeführt ist, so darf sie nicht zu ihrem Schaden platzgreifen. Dies würde aber dann geschehen, wenn ein Gesellschafter sich nicht auf die nach bürgerlichem Recht, sei es Reichs- oder Landesrecht, ihm zustehende noch günstigere Verjährungszeit berufen könnte. Auf diesen Fall hat auch das Handelsgesetzbuch⁹⁾ Rücksicht genommen und die Berufung auf die kürzere Frist gestattet, selbstverständlich aber nur falls sie nach Beschaffenheit der Forderung begründet ist; es handelt sich z. B. um einen ädilischen Anspruch. Alle landesgesetzlichen Vorschriften dagegen, die dem Gesellschafter als solchem eine noch kürzere Verjährungsfrist zusichern, sind durch das Handelsgesetzbuch als die spätere Rechtsquelle resp. Reichsrecht abgeschafft.¹⁰⁾

Übersehen vom Handelsgesetzbuch ist der nicht seltene Fall, daß die Verjährungszeit einer Forderung nach bürgerlichem Recht zwar länger als 5 Jahre und trotzdem die Verjährung vollendet sein kann, bevor fünf Jahre nach der

⁸⁾ Selbstredend nicht mehr nach Erhebung der Klage. Vgl. Schwalb Z. XXXIV. S. 362.

⁹⁾ Hgb. Art. 146 Abs. 1 i. f.

¹⁰⁾ Vgl. v. Hahn S. 541.

Auflösung der Gesellschaft verstrichen sind. Dies tritt dann immer ein, wenn zur Zeit der Auflösung von der nach bürgerlichem Rechte geltenden Verjährungszeit zur Vollendung ein Zeitraum von weniger als fünf Jahren übrig ist. Auch auf diesen Fall ist man wohl berechtigt, die Ausnahme von Art. 146 analog auszudehnen, da dem Handelsgesetzbuch sicher nichts ferner gelegen hat, als die Gesellschafter hinsichtlich der Verjährung schlechter als nach bürgerlichem Recht zu stellen.¹¹⁾

Von welchem Augenblicke an wird nun der Lauf der Verjährungszeit gerechnet? Auch hierüber enthält das Handelsgesetzbuch eine Bestimmung, die übrigens sich mit einem Prinzipie des Gesetzes in Widerspruch setzt. Die¹²⁾ Verjährung beginnt danach mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters aus derselben in das Handelsregister eingetragen ist. Hierin liegt ein doppeltes. Einmal wird eine Ausnahme statuiert von der sonst bei den sogenannten befreienden Thatsachen geltenden Regel. Es genügt nämlich die bloße Eintragung; auf die Veröffentlichung kommt es dagegen ausnahmsweise nicht an. Mag sie verspätet oder überhaupt nicht erfolgt sein, jedem Gesellschaftsgläubiger kann die vollendete Verjährung entgegengehalten werden.¹³⁾ Die Eintragung ist dagegen die unerläßliche Voraussetzung des Beginns der Verjährung;¹⁴⁾ unterbleibt sie und sei es auch nur infolge des Versehens eines Registerbeamten, so beginnt die Verjährung gar nicht zu laufen. Aus demselben Grunde kann eine nicht eingetragene offene Handelsgesellschaft sich niemals auf Art. 146 berufen, es sei denn, daß sie noch nachträglich ihre Eintragung und demnächstige Löschung bewirkt.¹⁵⁾ Dagegen

¹¹⁾ Vgl. Behrend S. 605. v. Hahn S. 540 f.

¹²⁾ Hgb. Art. 146 Abs. 2.

¹³⁾ Vgl. v. Hahn S. 541. Behrend S. 601. Renaud S. 595. Rg. U. v. 18. 4. 83. X. S. 44.

¹⁴⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 16. 12. 72. VIII. S. 248.

¹⁵⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 3. 4. 78. XXIII. S. 227.

braucht der Tag der Eintragung aus dieser nach einer Entscheidung des R. O. H. G.¹⁶⁾ nicht hervorzugehen; es genügt dafür jeder anderweite Beweis.

Im engsten Zusammenhang hiermit steht die Frage, ob beim Gesellschaftskonkurs die Ausfallsforderungen der fünfjährigen Verjährung unterliegen. Sowohl die Theorie wie das R. O. H. G. und Rg.¹⁷⁾ haben sie verneint für den Fall, daß die Gesellschaft durch den Konkurs erst aufgelöst wird; ist dagegen der Konkurs erst nach der Auflösung eröffnet, also zu einer Zeit, wo die Verjährung bereits zu laufen begonnen hatte, so soll nach dem Rg.¹⁸⁾ für die Dauer des Konkurses ein Ruhen der Verjährung eintreten. Beidem möchte ich nicht zustimmen. Denn eine ausdrückliche Bestimmung, welche die fünfjährige Verjährung für den Fall des Konkurses ausschlosse, enthält das Handelsgesetzbuch jedenfalls nicht¹⁹⁾: mithin sind die allgemeinen Bestimmungen entscheidend. Insbesondere ist aber die Annahme des R. O. H. G. willkürlich, daß²⁰⁾ „der Art. 146, wenn er von dem Tage spricht, an welchem die Auflösung eingetragen ist, sich nur auf die zuvor in dem Gesetzbuch verordneten Eintragungsfälle beziehe.“ Der Art. 146 gilt vielmehr, da er selbst keine Einschränkungen enthält, ganz allgemein, sofern nur seine einzige Voraussetzung, die Eintragung der Auflösung in das Handelsregister, vorliegt; daß außerdem die Auflösung in bestimmter Weise zu geschehen habe, wird nirgends verlangt. Wird daher die Auflösung durch Eröffnung des Konkurses eingetragen, was allerdings nach dem Handelsgesetzbuch²¹⁾ nicht zu geschehen braucht, aber immerhin geschehen kann, so tritt die fünfjährige Verjährung ein, andernfalls nicht. Somit steht es in diesem Falle reichsrechtlich im Belieben der Socien, die kürzere

¹⁶⁾ Vgl. R. O. H. G. U. v. 4. 5. 76. XX. S. 348.

¹⁷⁾ Vgl. Behrend S. 604. Lastig S. 427. R. O. H. G. U. v. 7. 3. 78. XXIII. S. 235 ff. Rg. U. v. 4. 10. 81. V. S. 53.

¹⁸⁾ Rg. U. v. 4. 10. 81. V. S. 56.

¹⁹⁾ Vgl. Behrend S. 604.

²⁰⁾ R. O. H. G. U. v. 7. 3. 78. XXIII. S. 235.

²¹⁾ Hgb. Art. 129 Abs. 1.

Verjährungsfrist für sich zu erwirken. Diese bedauerliche Unsicherheit kann leicht dadurch gehoben werden, daß landesrechtlich die Eintragung der Konkursöffnung angeordnet ist, was z. B. in Preußen geschehen ist.²²⁾

Ebensowenig ist ein Grund ersichtlich von dem Prinzipie abzuweichen, wenn der Konkurs erst nach der Eintragung der Auflösung eröffnet wird. Die nachträgliche Konkursöffnung hat hinsichtlich der Verjährung die gleiche Wirkung wie in jedem andern Falle, d. h.²³⁾ sie hemmt nicht den Lauf der Verjährung; durch die Anmeldung einer Konkursforderung wird deren Lauf unterbrochen. Es ist also z. B. sehr wohl möglich, daß sich die Verjährung während des Konkurses vollendet.

Der Art. 146 bestimmt dann ferner noch an seinem Schlusse, daß die Verjährung von Forderungen, die nach der Eintragung fällig werden, erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit beginnt. Es ist dies durchaus selbstverständlich; denn eine nichtvorhandene Forderung kann naturgemäß nicht verjähren. Von wann an die Fälligkeit zu rechnen ist, ergibt sich aus dem bürgerlichen Recht.

Im Übrigen enthält das Handelsgesetzbuch nur noch wenige, vom bürgerlichen Rechte abweichende Vorschriften über die Verjährung. Während nämlich im allgemeinen durch Rechtshandlungen gegen einen Korrealschuldner die Verjährung auch gegenüber den andern unterbrochen wird, geschieht dies bei der offenen Handelsgesellschaft nicht durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Gesellschaft oder einen Gesellschafter hinsichtlich der Verjährung zu gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters²⁴⁾ und ebensowenig nach der Auflösung hinsichtlich der Verjährung zu gunsten der einzelnen Socien durch Rechtshandlungen gegen einen von ihnen.²⁵⁾ In

²²⁾ Auch dies wird von der herrschenden Ansicht bestritten, so auch in dem cit. Erk. des R. O. H. G. S. 240.

²³⁾ RCco. § 13.

²⁴⁾ Hgb. Art. 148. Abs. 1.

²⁵⁾ Eod. Abs. 2.

allen anderen Fällen dagegen wirkt die Unterbrechung allen gegenüber, so namentlich bei Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren oder einen Gesellschafter während des Bestandes der Gesellschaft u. s. w.

Endlich bestimmt noch das Handelsgesetzbuch in einem letzten Artikel,²⁶⁾ daß die Verjährung auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen sowie gegen juristische Personen läuft, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen Vormünder und Verwalter.

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß, soweit das Handelsgesetzbuch keine Abänderungen enthält, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verjährung gelten.²⁷⁾

²⁶⁾ Art. 149.

²⁷⁾ Vgl. Rg. U. v. 18. 4. 83. X. S. 44.

Lebenslauf.

Am 4. Mai 1870 wurde ich, Friedrich Milch, mosaischen Glaubens, zu Breslau geboren als Sohn des Stadtrats Hugo Milch und seiner Ehefrau Johanna geb. Sahl. Nachdem ich den ersten Unterricht in der Wanckel'schen höheren Knabenschule genossen, trat ich Ostern 1879 in die Untersexta des Gymnasiums zu St. Maria-Magdalena ein und bestand Ostern 1888 das Abiturienten-Examen. Darauf studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Heidelberg (1. Sem.), Leipzig (2. und 3. Sem.), Berlin (4. Sem.) und Breslau (5. und 6. Sem.). Ich besuchte in dieser Zeit die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Privat-Dozenten:

Bekker, Bennecke, Binding, Brentano, Brie, Elster, Fischer, Kuno Fischer, Friedberg, Frommhold, Gierke, Gneist, Goldschmidt, Erich Schmidt, Strauch, Warschauer, Windscheid

und die praktischen Übungen bzw. Seminare der Herren:

Bennecke, Brie, Dahn, Eck, Fischer, Gradenwitz, Kuntze, Schmidt, Schott, Windscheid.

Am 23. Mai 1891 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und wurde am 15. Juni als Referendar am kgl. Amtsgericht Mittelwalde vereidigt, an dem ich zur Zeit noch beschäftigt bin.

Am 9. Juni 1891 legte ich vor der juristischen Fakultät zu Breslau das Tentamen rigorosum ab; durch Ableistung meines Militärjahres hat sich die Promotion verzögert.

Thesen.

1. Nach preußischem Recht erwirbt ein Dritter, der einen fremden Gläubiger befriedigt, hierdurch regelmäßig lediglich die Rechte des bezahlten Gläubigers gegen den Schuldner.

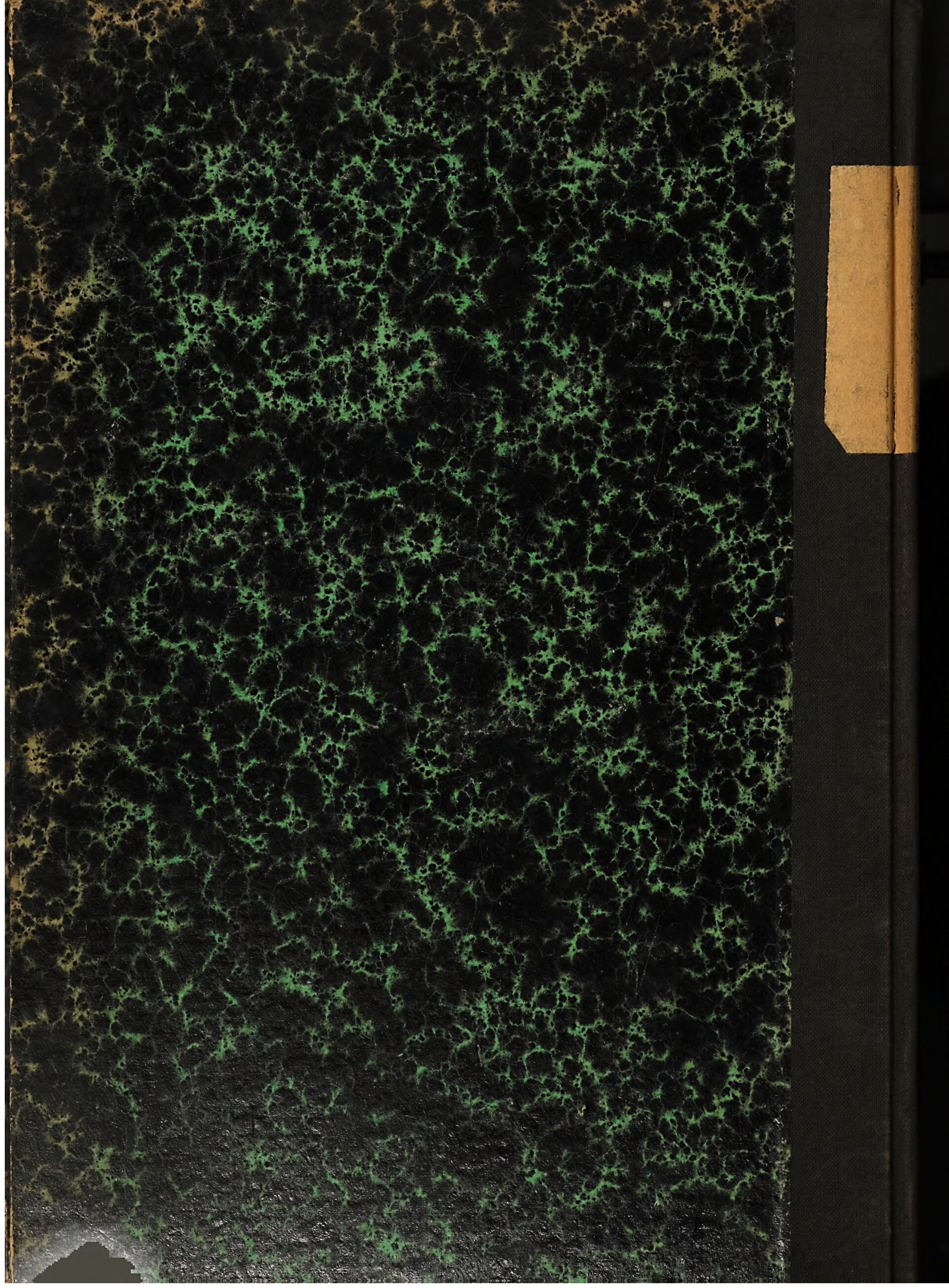
2. Die Abwehr des Angriffes eines Unzurechnungsfähigen ist als Notwehr, nicht als Notstandshandlung aufzufassen.

3. Durch die Erhebung der Feststellungsklage wird der aus dem Rechtsverhältnis sich etwa ergebende Leistungsanspruch nicht rechtshängig.

Inhaltsverzeichnis

Thesen

1. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
2. Durch die Erfüllung der Feststellungspflicht wird der Anspruch nicht rechtmäßig.
3. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
4. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
5. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
6. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
7. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
8. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
9. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.
10. Die Abwehr des Anspruchs eines Unschuldigen auf die Abwehr der Nothwehr ist als Nothwehranforderung anzusehen.



Milch, Friedrich

Die Haftung für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft nach dem
allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch

1892

Merc. 156 d

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11654640-9